This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

Digitized by Google

THE LIBRARY
OF
THE UNIVERSITY
OF CALIFORNIA
LOS ANGELES

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE
DE LÉGISLATION
ET
DE JURISPRUDENCE,

Digitized by Google

COLLABORATEURS.

MM. Isambert, Troplong, conseillers à la cour de cassation; Masson, conseiller à la cour de Nancy; Hello, procureur-général, et Foucher, avocat-général près la cour de Rennes; Plougoulm, avocat-général près la cour de Paris; Goupil de Préfeln, avocat-général près la cour de Caen; Gaillard, avocat-général près la cour de Poitiers; Guyho, substitut à Niort; de St-Vincent, substitut à Charleville; Molinier, substitut à Toulouse; Renouard, Vivien, conseillers d'état; Cormenin, député; Blondeau, Bravard, Oudot, Pellat, Pereyve, Poncelet, Royer-Collard, Valette, professeurs à la Faculté de droit de Paris; Demolombe, professeur à la Faculté de Caen; Foucart, professeur à la Faculté de Poitiers; Rauter, Thieriet, professeurs à la Faculté de Strasbourg; Giraud, professeur à la Faculté d'Aix; Delpech, professeur à la Faculté de Toulouse; Hube, Kunatt, anciens professeurs à la Faculté de droit de Varsovie; Carette, Cotelle, Dalloz, Parrot, avocats à la cour de cassation; F. Wolowski, ancien avocat à la cour de cassation et conseiller d'état polonais; H. Badin, Bayle-Mouillard, H. Bourdon, Ch. Comte, A. Daviel, Delalleau, Ph. Dupin, Dutheil, Grün, Faustin Hélie, Hennequin, Jamet, Legras, Marie, Mermilliod, Moulin, Odilon-Barrot, Pont, Sacase, Vatimesnil, L. Wolowski, directeur de la Revue, avocats à la cour royale; Bonnier, Cabantous, d'Hauthuille, Julien, Klimrath, Pistor, Rodière, docteurs en droit; Warnkœnig, professeur à la Faculté de Fribourg; Mittermaïer, professeur à la Faculté de Heidelberg.

Les rédacteurs de la *Revue* recevront avec reconnaissance les dissertations que les jurisconsultes français ou étrangers désireront faire insérer dans ce Recueil.

Digitized by Google

REVUE
DE LÉGISLATION
ET
DE JURISPRUDENCE

publiée

SOUS LA DIRECTION DE M. L. WOLOWSKI,

Avocat à la Cour royale de Paris,

PAR UNE RÉUNION

DE MAGISTRATS, DE PROFESSEURS ET D'AVOCATS

FRANÇAIS ET ÉTRANGERS.

TOME SIXIÈME.

AVRIL. — SEPTEMBRE 1837.

PARIS,

BUREAU DE RÉDACTION, RUE DES BEAUX-ARTS, 9.

1837.

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE
DE LÉGISLATION
ET DE JURISPRUDENCE.

RÉFORME DES PRISONS. — (Introduction.) (1)

Toute question d'intérêt général a plusieurs phases successives et, pour ainsi dire, plusieurs momens. Il n'est pas donné aux hommes, quand ils considèrent un problème social, d'atteindre, du premier bond, à la solution; la vérité est comme un édifice auquel chaque époque ajoute lentement une assise, et qui, en s'élevant et s'étendant tous les jours, doit pourtant demeurer inachevé.

Le système pénitentiaire, qui préoccupe si vivement les esprits depuis quelques années, avant d'arriver à l'état de science, aura sans doute bien des degrés à parcourir; car il est né avec le siècle où nous venons d'entrer, et l'expérience est une autorité qu'il n'a pas encore le droit d'invoquer. Son origine en France remonte peut-être moins haut qu'ailleurs; son histoire se réduit à quelques essais qui n'ont pu porter déjà leurs fruits. Avant la restauration,

(1) Un de nos jeunes écrivains les plus distingués, M. Léon Faucher, a élaboré un travail complet sur la *Réforme des prisons;* les divers chapitres qui le composent ont été successivement publiés par le *Journal général des Tribunaux*. Ils paraîtront sous peu réunis en un volume. L'auteur les fait précéder d'une introduction où il approfondit la grave question de savoir si les soins à donner à l'éducation des classes pauvres, ne doivent pas avoir la préférence sur les essais tentés pour l'amendement des détenus. Nous profitons de l'obligeante communication de M. Faucher pour donner à ce document plein d'intérêt une publicité anticipée.

(*Note du Directeur.*)

Digitized by Google

c'était une terre inconnue : le code impérial n'avait point pourvu à l'amendement des coupables; il punissait pour punir. Une brochure de M. de Larochefoucault-Liancourt, sur les prisons de Philadelphie, et l'ordonnance de 1814 qui instituait à Paris un pénitencier de jeunes détenus; voilà quelles circonstances signalèrent alors chez nous l'apparition simultanée de la pratique et de la théorie.

Vint ensuite la société royale des prisons, formée par les soins de M. Decaze, et qui, sans jeter une bien vive lumière sur les difficultés de la réforme, donna du moins à ces études une puissante impulsion. Plus tard, M. Charles Lucas, avec l'ardeur qu'inspire toute découverte récente, se mit à recueillir et à commenter les exemples et les enseignemens qui nous arrivaient de l'autre bord de l'Océan. Enfin, et comme autrefois les députés de Rome allaient étudier les lois de la Grèce, MM. de Beaumont et de Tocqueville, envoyés à la recherche de la sagesse américaine, nous rapportèrent des documens précieux sur le régime des pénitenciers, ainsi que des aperçus également décisifs et profonds, auxquels les envoyés de l'Angleterre et de la Prusse, MM. Crawford et Julius n'ont rien ajouté.

Ces divers travaux marquent la première époque du système pénitentiaire en France, sa période de recherche et d'importation.

Nous connaissons la discipline des pénitenciers américains et les résultats obtenus; mais savons-nous si cette discipline est celle qui convient à notre état social? N'y aurait-il pas quelque péril à faire, pour la science nouvelle, ce que firent pour les doctrines d'Aristote les commentateurs de la renaissance, et à l'adopter comme un évangile universel? La civilisation ne pénètre parmi les peuples, qu'en respectant les différences des mœurs, des races et des nationalités. Quel doit-être en France le caractère, l'individualité de la réforme? A ce point, commence la seconde époque du système pénitentiaire, sa période

Digitized by Google

d'examen et d'invention. L'auteur de ce livre a tenté de l'inaugurer ; il a cherché à déterminer les principes du régime applicable à la France. D'autres rempliront les lacunes qu'il n'est pas parvenu à combler, et redresseront des hypothèses qui ont nécessairement encore un côté conjectural.

Mais une question préjudicielle a été soulevée, que nous avons d'abord à vider. Le problème de l'établissement pénal a-t-il en réalité une telle importance, que l'on doive faire passer cet intérêt avant tant d'autres qui demeurent en souffrance dans notre société ? Convient-il de travailler à la réforme des prisons ainsi que des malfaiteurs, avant d'avoir pourvu à l'enseignement de la jeunesse, à l'occupation des bras sans emploi, à la subsistance des malheureux qui manquent de secours et de pain ? La misère et l'ignorance ne doivent-elles pas précéder le crime, dans les sympathies du publiciste et du législateur ? et n'est-ce pas une chose plus urgente de songer à l'éducation des classes pauvres que de faire celle des détenus, de prévenir que de corriger ?

Dans toute société bien réglée, ces deux intérêts doivent marcher de front, comme les deux faces d'une même constitution. La misère mène au crime, de même que le crime engendre la misère : en réprimant l'un, on satisfait à la morale; et en guérissant l'autre, à l'humanité. Il est également nécessaire de secourir ceux qui souffrent et de ramener ceux qui s'égarent. Nous ne saurions dire ni de quel côté le danger de s'endormir est le plus grand, ni de quel côté le devoir d'agir est le plus étroit. Mais, comme le progrès ne s'avance pas à la fois du même pas dans toutes les directions, c'est aux circonstances qu'il appartient de prononcer vers quelle branche du gouvernement l'activité sociale doit principalement se porter.

Le catholicisme est la dernière forme religieuse et politique qui ait eu la prétention d'embrasser l'homme tout entier, et de ne laisser aucune partie de la société en dehors

Digitized by Google

du gouvernement. Dans cette admirable organisation, le système répressif ne tient pas moins de place que le système préventif. Au point de vue religieux, la pénitence est un sacrement, comme le baptême et l'eucharistie; au point de vue politique, nous voyons s'ouvrir presque en même temps les écoles, les hôpitaux, les asiles et les monastères; la chaire et la cellule sont, à un égal degré, les symboles de l'institution.

Il semble cependant que le catholicisme incline surtout à la pénitence. Une de ses maximes les plus chères est celle-ci : « Il y a plus de joie au ciel pour un pécheur repentant que pour dix élus. » Ses histoires les plus touchantes sont des conversions : tantôt le père de famille tue le veau gras pour le retour de l'enfant prodigue; tantôt Madeleine la pécheresse embrasse avec effusion les genoux du Christ; et tantôt le persécuteur du christianisme naissant, foudroyé par une voix divine, devient l'apôtre saint Paul. Plus on est descendu dans le crime, et plus on peut s'élever dans la sainteté.

Qu'est-ce à dire? N'y a-t-il là qu'une doctrine consolante, destinée à rassurer un monde enfant et plongé dans les matérialités du paganisme? N'est-ce qu'une fiction du dogme; ou bien doit-on reconnaître, sous cette forme symbolique, une intelligence profonde des harmonies de l'ordre social? Nous penchons pour cette dernière explication. En fait, l'exemple d'une vie pure produit sur nos esprits une impression bien moins vive que le spectacle d'une conversion. L'autorité de la vertu nous paraît plus puissante, lorsqu'elle vient à courber des natures long-temps rebelles et qui n'acceptaient aucun frein. C'est une victoire du bon principe sur le mauvais; c'est un signe de la Providence, qui fortifie les honnêtes gens et qui ébranle les méchans dans leurs résolutions. L'homme, quand il seconde, par la culture, le développement des forces naturelles, n'a pas la conscience de son pouvoir, comme lorsqu'il lui arrive d'en corriger les déviations.

Digitized by Google

A prendre les hommes avec leur organisation où les sens dominent l'esprit, l'exemple est pour eux sans contredit le plus haut et le plus sûr enseignement. Dans le moyen-âge, on exposait les malfaiteurs aux regards du peuple, pour lui faire comprendre toute la laideur du crime en montrant le criminel accablé par le châtiment. Mais on donnait la même publicité au repentir, et la réhabilitation avait des formes solennelles, comme le jugement. Quelle leçon de morale eût parlé au cœur le langage incisif de ces augustes cérémonies? Les institutions pénales font partie, plus qu'on ne le croit, de l'éducation du peuple. Amender les condamnés, c'est aussi réformer la société.

Dans l'ordre logique, il est certain que les progrès de l'éducation préventive doivent devancer les améliorations du régime répressif. Les enfans et les ouvriers nous touchent assurément de plus près que des condamnés qui sont bannis du monde; et il semble que ce soit folie de s'arrêter à cicatriser les plaies, quand on peut aller directement au principe du mal. Mais les nations ne suivent pas, dans la pratique de la vie sociale, cette marche simple et droite du raisonnement. Elles sont obligées de travailler pour le présent, avant de semer pour l'avenir, et de punir avant d'enseigner. La répression des délits est une de ces nécessités immédiates et urgentes qu'il ne dépend pas du pouvoir d'ajourner, parce qu'en l'ajournant il périrait. Or la peine, qui ne corrige pas le délinquant, n'a point réprimé le délit.

Ceux qui voudraient renvoyer la réforme des prisons au moment où l'éducation aurait achevé de se répandre partout en France, et où le problème du travail serait tranché, ne se rendent pas compte de l'état de notre société. Dans un temps comme celui-ci, où les convictions sont flottantes, individuelles, et vont à l'aventure, il n'est guère qu'une espèce de réforme possible, celle qui procède encore de quelques points convenus et compris de tous. Le système pénitentiaire a cet avantage; car il ne se propose que de con-

Digitized by Google

vertir les criminels à l'observation des lois, et de les replacer ainsi sous le niveau commun : tentative qui n'exige d'autres efforts de réflexion qu'une étude attentive des passions et des ressorts humains dont nous disposons.

Mais, dans toute réforme qui s'élance au-delà de notre sphère d'action, qui s'attaque aux bases mêmes de l'ordre social, nous n'apercevons que doute et que ténèbres. Nous tournons notre roue, comme l'Ixion de la fable, après avoir embrassé les nuages. Nous interrogeons des abîmes dont la sonde ne trouve pas le fond. N'importe, il faut chercher et regarder encore. Mais quelle dérision, si l'on allait penser qu'il y a nécessité d'enrayer tout mouvement, jusqu'à ce que la vérité qu'on attend, et que l'on somme de se présenter, eût enfin comparu.

Vous dites qu'il est à propos de fonder des écoles, et de cantonner un maître dans chaque village, comme le missionnaire délégué pour le civiliser. Vous encouragez la publication des livres élémentaires, et vous voulez populariser la science, aujourd'hui l'héritage de quelques privilégiés; à la bonne heure, et jusque-là les vœux de tous les hommes éclairés suivront vos efforts. Mais pensez-vous que le nombre des crimes va diminuer, et les mœurs s'épurer d'elles-mêmes, quand il n'y aura plus un seul enfant qui ne sache lire, écrire et compter ? Prenez-vous la science pour la morale, et confondez-vous l'instruction avec l'éducation ?

C'est un devoir pour les gouvernemens de répandre l'instruction, non point à cause de son influence sur les mœurs, mais comme l'instrument de l'intelligence, comme un instrument aussi nécessaire à l'homme que l'usage de la main ou du pied. On exagère le bienfait des lumières, quand on suppose qu'elles ont pour effet de diminuer le nombre des délits. L'instruction toute seule n'est pas douée de cette vertu, et ne suffit pas pour rendre l'homme meilleur. En fait, et depuis que l'enseignement primaire est distribué aux

Digitized by Google

classes laborieuses, le crime a peut-être changé de caractère; mais il s'est aussi multiplié. Avec l'instruction, s'accroissent pour tout individu les moyens de douter et de croire; il devient maître de se déterminer par lui-même, entre les motifs du bien et ceux du mal; mais il n'acquiert aucun principe de croyance ni d'action.

Nous sommes loin d'acquiescer aux déclarations de cette école de catholiques dégénérés, qui ne voit dans la diffusion des connaissances que la corruption du monde, et qui persiste judaïquement à représenter l'arbre de la science, comme l'arbre du fruit défendu.

L'homme, en s'éclairant, augmente la puissance de ses facultés, et suit le développement naturel de sa destinée terrestre; il n'est pas possible que le progrès dans l'ordre intellectuel soit un symptôme de déchéance dans l'ordre moral. Mais par cela seul que l'intelligence est agrandie, il ne faut pas affirmer que la pensée s'élève et que les passions s'apaisent en même temps.

La maladie du temps présent est un scepticisme mécontent de lui-même, et qui cherche vainement à se fixer. La civilisation a pris une force gigantesque; mais cette force demeure suspendue dans la région des orages, entre la terre et le ciel. Ce levier n'a pas de point d'appui. Avec les lumières, vous inoculez aussi l'épidémie du doute; vous détachez un plus grand nombre d'hommes de la religion, de la famille et de la vie. C'est un mal nécessaire, je le sais; nécessaire comme les douleurs de l'enfantement à la fécondité. Cependant ne dites pas que la douleur est un bien.

Il est une sorte d'éclectisme, confiant jusqu'à la témérité, qui envisage ces obstacles sans reculer. Il entreprendrait l'éducation morale de la société, et fabriquerait des catéchismes à l'usage des écoles primaires, sans plus hésiter que s'il s'agissait de quelque méthode de lecture et de quelques notions d'arithmétique ou de chimie; pure illusion d'une vanité sans mesure. Les philosophes du dix-huitième siècle, avant

Digitized by Google

les éclectiques du dix-neuvième, avaient imaginé aussi de réduire la morale en code, et de livrer la société au principe de l'éducation spontanée : le *self-education* à côté du *self-government*. Qu'est-il resté cependant des tentatives d'Helvétius, de Volney et de St-Lambert?

L'éducation ne peut résulter que des habitudes et des croyances; elle a été placée sous l'égide de la famille et de la religion ; le prêtre en est l'agent le plus direct comme le plus puissant. Par malheur, les prêtres que nous avons encore ne savent ni ne veulent aujourd'hui la donner ; au lieu de diriger ou même de seconder le mouvement social, le clergé de toutes les sectes chrétiennes s'est mis en révolte contre l'esprit du siècle. Catholiques, Calvinistes ou Luthériens, ils sont tous à l'état de protestantisme en face de la civilisation. Vous ne pouvez pas les appeler, parce qu'ils sont hostiles, et pourtant vous n'en avez pas d'autres pour vous aider ; vous êtes donc condamnés à séculariser l'éducation comme vous avez fait de l'état, c'est-à-dire à cultiver l'intelligence sans émouvoir ni féconder le sentiment moral.

Non seulement, dans le désordre de la famille et des croyances, l'éducation manque d'instrumens ; mais, les instrumens étant donnés, on n'aperçoit pas facilement de qui elle procéderait. Ce qui fait qu'il n'y a pas d'éducation pour nous, c'est que le principe en est arbitraire et individuel ; c'est que chacun se trouve maître de la régler comme il l'entend. Que peut-il sortir d'une pareille anarchie? L'éducation, dans les temps où elle est possible, procède du système général des idées et des institutions; alors les écoles se forment à l'image de l'église et de l'état, et la génération naissante n'a qu'à suivre les exemples des hommes faits. De nos jours, au contraire, toute éducation systématique aurait pour conséquence de mettre les écoles en opposition avec le monde, et de séparer les hommes des enfans.

Voyez nos colléges. Napoléon y avait organisé un régime monastique et militaire; c'étaient autant de séminaires où de-

Digitized by Google

vaient se recruter des bandes nouvelles de prétoriens. Encore aujourd'hui, on y élève la jeunesse dans les idées et selon les mœurs des peuples conquérans de l'antiquité; les habitudes sont austères et empreintes d'une sorte de brutalité; il n'y a pas d'écolier de douze ans qui ne se croie un Scévola ou un Brutus. Il faut pourtant abandonner les traditions universitaires, quand on fait son entrée dans le monde. Une société élégante, polie et surtout facile, ne saurait s'accommoder de ces sauvages habillés à la grecque ou à la romaine. Ne pouvant la réformer, ceux-ci sont bien obligés de recommencer leur éducation; et ce changement soudain ne contribue pas peu au scepticisme. Ils prendront désormais toute croyance pour une illusion de collége ou pour un hochet d'adolescent.

Les difficultés sont les mêmes dans l'ordre des intérêts. Quoi de plus redoutable que celles qui naissent de l'organisation du travail? Plus les forces de la production s'accroissent, plus le monde s'enrichit, plus l'homme étend le domaine de la propriété, et plus s'aggrave aussi la condition des travailleurs. L'industrie ne fait que de naître; et déjà surgit, comme un contre-poids à cette puissance des temps modernes, le paupérisme qui doit en être le fléau.

Nous concevons que des écrivains habitués à ne prendre conseil que de leurs émotions aient senti gronder dans leur âme, en présence de tant de misères, une noble impatience d'en voir la fin. Mais il faudrait craindre d'accuser trop légèrement les publicistes qui n'ont pas encore trouvé le remède, ou le pouvoir qui ne s'est pas hâté de l'appliquer. Sans doute la souffrance est grande, la nécessité est impérieuse, et nous avons reçu de ces avertissemens que l'on n'oublie pas. Le cratère de Lyon fume encore, après trois éruptions. Nous ne conseillons pas de détourner les yeux de cette contemplation, et de se faire indifférent sous prétexte que l'on est impuissant. Mais doit-on s'indigner outre mesure, si l'œuvre d'un siècle ne se termine pas en quelques jours?

Digitized by Google

Le dix-neuvième siècle, époque de renouvellement social, a posé les questions; est-il réservé à la génération actuelle de les résoudre, ou bien sa mission ne consistera-t-elle qu'à préparer le dénouement? Ce qu'il faut avoir le courage de confesser, c'est que nous marchons encore à l'aventure, recueillant des faits dont l'ensemble ne se révèle pas à notre examen. Chercheurs intrépides et analystes pleins de sagacité, nous sommes les pionniers de la nouvelle société; nous abattons les forêts et nous mettons le feu aux broussailles, mais nous ne verrons pas encore les villes s'élever à la place où fut le désert.

A combien de théories et d'expériences contradictoires n'a pas donné lieu l'état des classes pauvres? Napoléon prétendait les caserner dans ses dépôts de mendicité; mais cette pensée, qui n'était qu'une grande chimère, reçut à peine un commencement d'exécution. Où trouver assez de casernes pour emprisonner tous les mendians? Le travail manquait déjà au petit nombre de malheureux que le zèle obéissant des préfets y avait enfermés; et s'il n'eût pas manqué aux pauvres détenus, l'industrie libre se serait éteinte devant la concurrence de cette industrie forcée.

L'Angleterre et l'Espagne nourrissent leurs pauvres : dans les deux pays, les pauvres forment une sorte de tribu héréditaire, un peuple au sein de la nation. Le système des couvens distributeurs d'aumônes a fait de la Péninsule une contrée abandonnée et stérile. Le système des manufactures, enté sur la taxe des pauvres, a fait de la Grande-Bretagne une école d'intempérance et de vol. En Espagne, les mendians vivent parqués autour des monastères, ou vaguant de l'un à l'autre; et ces habitudes d'oisiveté empêchent la population de s'attacher au sol. En Angleterre, le principe de la loi des pauvres consistait d'abord principalement dans les distributions de secours à domicile (*out-door relief*); le législateur avait voulu encourager ainsi la régularité des mœurs, et il n'avait favorisé que l'imprévoyance des populations.

Digitized by Google

Aujourd'hui l'Angleterre adopte le système de Napoléon (*in door relief*), et caserne les indigens dans les maisons de travail (*work-house*). Cette mesure a réduit les dépenses et le nombre des pauvres secourus ; il est à craindre cependant que le soulagement ne soit que temporaire, et que les pauvres ne s'accoutument à l'existence régulière du *work-house*, qui compense la privation de la liberté par la certitude du repos. La vie commune de ces maisons, qui renferment un abrégé des circonstances sociales depuis les berceaux des nouveau-nés jusqu'au cimetière où les morts sont déposés, a d'ailleurs l'inconvénient d'anéantir l'esprit de famille. Il n'y a plus pour le pauvre de père, de mère, de foyer ni de clocher, d'affections ni de religion. Le *work-house* est sa patrie ; il est le fils de la taxe des pauvres, le produit de cette machine à population.

A ces vices de la charité publique, on pourrait opposer les erreurs de l'école égoïste, du *laisser faire* et du *laisser passer* en matière de gouvernement. La théorie de Malthus les résume toutes ; elle en est la logique et comme le dernier mot. Or, quel pouvoir se chargerait de mettre en pratique un système qui condamne tous les indigens au célibat, et qui garde pour le riche le privilége de la reproduction, en faisant ainsi l'étalon du genre humain ?

La question du paupérisme est celle des salaires sous une autre forme. Or, que savons-nous de celle-ci ? Les économistes l'ont tournée et retournée dans tous les sens ; mais leurs travaux les plus solides ne sont-ils pas des études de pure observation ? Toutes les fois qu'ils ont voulu construire et organiser, ont-ils enfanté une seule idée qui partît, pour arranger le monde comme il doit être, du monde tel qu'il est ? Les disciples de Saint-Simon avaient imaginé une espèce de ruche théocratique, sans Dieu comme sans liberté. Les disciples de Fourrier proposent d'instituer une phalange ou commune agricole, fondée sur le jeu des passions, et qui n'est pas inspirée par une croyance ni dominée par une

Digitized by Google

idée ; où pour remplacer le souffle créateur, on enlace les les sociétaires d'une multitude de petits liens ; où chacun suit un labyrinthe et non une destinée.

Il ne suffit pas de dire que le salaire doit se répartir entre le travail, le talent et le capital. Doit-il en effet se répartir également ou inégalement, et dans quelle proportion? La prime du capital sera-t-elle toujours ce qu'elle est aujourd'hui, la part du lion ; ou plutôt tendrait-elle, comme l'ont affirmé les Saint-Simoniens, à s'annuler? voilà ce que nous avons d'abord à déterminer. Evidemment la part de l'ouvrier est insuffisante aujourd'hui ; d'un autre côté, et tant qu'il intervient de ses bras plus que de son intelligence dans le travail industriel, l'ouvrier peut-il accroître son revenu? Nous tournons dans un cercle vicieux, avec une révolution en perspective, qui menace de le briser.

Répartir les salaires, c'est distribuer la richesse entre les classes et les individus. Mais la richesse a beau monter comme le flux de la mer, les besoins et les prétentions s'augmentent plus rapidement encore. Comment assouvir cette insatiable faim? les titres de chacun n'ont jamais été moins clairement définis et constatés qu'ils ne le sont maintenant. On a beau dire : « A chacun ses œuvres. » Car il n'existe point de principe de répartition auquel on puisse mesurer, avec quelque certitude, la valeur des résultats.

Le débat entre le maître et l'ouvrier, qui a donné lieu à de si nombreux et si terribles conflits, ne peut plus se terminer aujourd'hui par une victoire. L'oppression d'un de ces intérêts par l'autre a cessé d'être possible ; l'égalité même de leurs forces leur fait une loi de l'association. Mais qui réglera les termes du contrat? on sait ce qu'il ne sera pas, sans prévoir toutefois ce qu'il sera. Car, ce que l'on a vu jusqu'ici, c'était l'industrie organisée sous la forme d'une oligarchie despotique ; l'inconnu que l'on cherche, c'est une organisation compatible avec les formes de la liberté.

Digitized by Google

Divers systèmes d'association ont été proposés, quelques uns même mis à l'essai. D'où vient que ces combinaisons, fort rationnelles pour la plupart, n'ont obtenu qu'un succès contesté? Les hommes d'une même classe, de la bourgeoisie par exemple, peuvent s'associer pour le travail, parce qu'ils ne mettent en commun que leurs intérêts. Mais pour unir le peuple à la bourgeoisie, des liens plus forts et plus intimes sont nécessaires; il faut que l'association repose sur une communauté d'idées et de sentimens. Toutes les corporations du moyen-âge étaient placées sous l'invocation de la pensée religieuse et se personnifiaient, dans le modèle idéal du saint patron. Ce sont des confréries d'ouvriers qui ont bâti les cathédrales, et les premiers commerçans qui partirent des mers de l'Occident portaient l'humble vêtement du pélerin.

De nos jours, et au point où l'on a poussé la division du travail dans ces immenses ateliers où chaque ouvrier, n'étant qu'une pièce du grand rouage, reçoit une éducation tout-à-fait spéciale qui l'isole de ses chefs et de ses compagnons, la nécessité d'une loi commune se fait sentir plus impérieusement pour former un faisceau de tant d'atomes épars. Entrez dans une filature; entendez les conversations des ouvriers et le sifflement des machines. Y a-t-il au monde un contraste plus affligeant que la régularité et la prévision de ces mouvemens mécaniques, comparées au désordre d'idées et de mœurs que produit le contact de tant d'hommes, de femmes et d'enfans?

Nous débattons à grand'peine des problèmes tels que ceux de la grande et de la petite industrie, de la grande et de la petite culture, de la grande et de la petite propriété. Notre compétence s'arrête aux questions de forme; sur tout le reste, nous avons plus de curiosité que de lumières. Sachons donc nous résigner à notre destinée. N'allons pas nous substituer au temps dans les choses que le temps seul accomplir.

Digitized by Google

L'espèce d'impatience avec laquelle l'opinion publique insiste sur la réforme des prisons, ne signifie en aucune façon qu'il y ait aujourd'hui plus de sympathie pour les malfaiteurs que pour les malheureux. Cela veut dire simplement que l'heure est venue de corriger ceux que l'on punit; que cette réforme est sortie du domaine de la théorie, et qu'elle est mûre pour l'exécution. Dans quel intérêt proposerait-on maintenant de l'ajourner? Avons-nous besoin de considérer l'importance relative des améliorations sociales? et ne faut-il pas plutôt se laisser déterminer par l'occasion? tout progrès réalisé est un pas fait vers d'autres progrès. Quand nous aurons amélioré le régime pénitentiaire, il en coûtera peut-être moins pour jeter les semences d'une éducation morale dans notre époque et dans notre pays.

LÉON FAUCHER.

Digitized by Google

VICO.

(FRAGMENT D'UN TRAITÉ INÉDIT DE DROIT NATUREL.)

En l'année 1723, dans une petite chambre d'une des plus modestes maisons de Naples, un homme d'un âge déjà avancé parcourait plusieurs gros volumes, recueillait des notes et paraissait méditer au milieu du bruit que faisaient autour de lui sa femme et ses enfans.

Cet homme c'est *Giambattista* Vico. Simple professeur titulaire d'une chaire de rhétorique aux appointemens de cent scudi, sans fortune, marié, en proie aux besoins qu'occasione l'entretien d'une nombreuse famille, il s'est présenté au concours ouvert à la suite de la vacance d'une chaire de premier lecteur en droit du matin, à laquelle un revenu de six cents scudi se trouve attaché. Il espère que ses travaux scientifiques sur le droit, ses services dans l'université dont il est le membre le plus ancien, ses publications qui ont honoré son pays, seront des titres suffisans pour une nomination qui lui offrirait les moyens de s'adonner en entier aux hautes conceptions qu'il médite..... Peu de jours après, malgré les applaudissemens que ses brillantes prélecons lui avaient attirés, son espoir avait fait place à la certitude d'une disgrâce, et il se voyait dans la nécessité d'aller déclarer qu'il se désistait du concours afin de sauver ce qu'on appelait les convenances (1).

Dans l'âme mélancolique de Vico, l'amour de la science et de la gloire ne laissait place à aucun autre sentiment. Lorsqu'il se vit ainsi victime de l'injustice la plus amère, il ne s'exila pas comme Cujas de son ingrate patrie, il puisa ses consolations dans la science, toutes ses pensées se

(1) V. la *Vie de Vico*, écrite par lui-même, T. 1, p. 1 de la traduction de ses œuvres, de M. Michelet.

Digitized by Google

concentrèrent sur l'œuvre qu'il méditait depuis plusieurs années. La lecture de Grotius avait fixé ses idées. Le livre *de Jure pacis et belli* lui avait donné la perception du Droit universel, de la Philosophie et de la Théologie, appuyés sur l'histoire des faits vrais ou fabuleux et sur celle des langues. Il méditait depuis quelque temps sur un corps de doctrine dans lequel il poserait la science sur des bases toutes nouvelles, sur la *philosophie* qui contemple *le vrai* par la raison, sur la *philologie* qui observe *le réel*, les faits et les langues.

Avant d'exposer sa méthode et ses théories, achevons de peindre l'âme ardente qui s'est élevée à de si hautes conceptions.

Vico a écrit lui-même sa vie ; il avait le sentiment de son mérite et de la haute portée de ses doctrines; il ne lui manquait qu'un public qui sût le comprendre. Martyr de la science, il s'immolait pour elle, et n'avait en vue que la nouvelle voie dans laquelle il voulait diriger l'intelligence humaine. «Tout autre, écrivait-il après le revers dont nous » venons de parler, aurait pour toujours renoncé aux lettres; » lui, il ne se repentit jamais de les avoir cultivées, il ne cessa » point de travailler à ses ouvrages.» Plus tard, il écrivait à un ami : « Qu'elle soit à jamais louée, cette Providence qui, » lors même qu'elle semble à nos faibles yeux une justice » sévère, n'est qu'amour et que bonté. Depuis que j'ai fait » mon grand ouvrage, je sens que j'ai revêtu un nouvel » homme. Je n'éprouve plus la tentation de déclamer con- » tre le mauvais goût du siècle, puisqu'en me repoussant de » la place que je demandais, il m'a donné l'occasion de » composer la *Science nouvelle*. Le dirai-je ? je me trompe » peut-être; mais je voudrais bien ne pas me tromper : la » composition de cet ouvrage m'a animé d'un esprit héroï- » que qui me met au dessus de la crainte de la mort et des » calomnies de mes rivaux. Je me sens assis sur une roche

Digitized by Google

» de diamans, quand je songe au jugement de Dieu qui fait » justice au génie par l'estime du sage !....»

Il répond encore dans un sonnet à un ami qui déplorait l'ingratitude de sa patrie envers lui : «Ma chère patrie m'a » tout refusé !.... Je la respecte et la révère. Utile et sans » récompense, j'ai trouvé déjà dans cette pensée une noble » consolation. Une mère sévère ne caresse point son fils, et » n'en est pas moins honorée. »

Je ne puis m'empêcher de citer encore le passage suivant de sa réponse en vers au cardinal Filippo Pirelli, qui avait loué la *Science nouvelle* dans un sonnet :

« Le destin s'est armé contre un misérable, a réuni sur » lui tous les maux qu'il partage entre les autres hommes, » et a abreuvé son corps et ses sens des plus cruels poisons. » Mais la Providence ne permet pas que l'âme qui est à elle » soit abandonnée à un joug étranger. Elle l'a conduit par » des routes écartées, à découvrir son œuvre admirable du » monde social, à pénétrer dans l'abîme de sa sagesse pour » y contempler les lois éternelles par lesquelles elle gou- » verne l'humanité. »

C'est en 1725 que Vico publia à Naples la première édition de son principal ouvrage, et un volume in-12, dédié au cardinal Laurent Corsini, depuis Clément XII, sous ce titre : Principi *di una scienza nuova d'intorno alla natura delle nazioni, per li quali si ritrovano altri principi del diritto naturale delle genti.* (Principes d'une science nouvelle relative à la nature commune des nations, au moyen desquels on découvre de nouveaux principes du droit naturel des gens.) Dans cette première édition, il suivit, pour l'exposition de ses doctrines, une marche analytique propre à en rendre l'intelligence facile.

Plus tard, n'ayant pas trouvé de libraire qui voulût réimprimer son ouvrage à ses frais, il le refondit en entier pour le reproduire, en conservant à peu près intact le fond des

Digitized by Google

choses, sous une forme synthétique qui offre moins de clarté, mais qui convient mieux à son génie poétique et à la profondeur de sa pensée. Cette seconde édition fut publiée à Naples, en 1730.

Enfin, en 1744, on publia une nouvelle édition de la *Scienza nuova* sur celle de 1730, en intercalant des notes que Vico avait dictées pendant le cours d'une longue et douloureuse maladie, à la suite des passages auxquels elles pouvaient se référer. Cette troisième édition offre encore plus d'obscurité que la seconde ; c'est cependant celle dont on se sert le plus. C'est elle que M. Michelet a traduite en français, en faisant quelques retranchemens qui portent sur certaines des additions dont nous venons de parler.

Vico termina sa noble et douloureuse carrière le 2 janvier 1744. L'infortune ne le délaissa pas après sa mort ; elle sembla vouloir s'acharner encore sur son cadavre. Comme simple régent de rhétorique, il faisait partie de l'université. Les professeurs se rassemblèrent chez lui pour l'accompagner à sa dernière demeure. Ils furent joints par la confrérie de Sainte-Sophie à laquelle il avait appartenu pendant sa vie. Déjà le corps était descendu et exposé dans une cour; le cortége allait se mettre en marche, lorsqu'une vive altercation s'engagea entre les professeurs et les membres de la Congrégation, qui prétendaient également au droit de porter les coins du drap mortuaire. Après de scandaleux débats, les contendans abandonnèrent le cadavre et se retirèrent. Son malheureux fils, *Germano Vico*, plongé dans les angoisses de la douleur, fit reporter le corps dans la chambre mortuaire, et obtint de le faire enterrer dans l'église des Pères de l'Oratoire dite de *Gerolamini*, qu'il avait choisie lui-même pour lieu de repos.

Telle fut la vie et la fin de Vico : ses doctrines sur le droit naturel se trouvent déposées dans trois de ses ouvrages. Le premier dans lequel elles apparurent fut publié en 1720, en latin, sous ce titre : *De uno universi juris principio et*

Digitized by Google

fine uno. L'année suivante parut un autre ouvrage qui avait pour titre : *De constantia jurisprudentis.* Ses théories se trouvent ensuite refondues dans la *Science nouvelle*, qui offre le corps complet de ses doctrines. Pour donner, autant qu'il nous sera possible de le faire, une idée exacte de la méthode et des écrits de Vico, nous allons résumer ce qu'il a dit sur le droit naturel, en suivant comme lui une marche synthétique et, autant que nous le pourrons, en le laissant parler lui-même. La *Science nouvelle* offre une mine riche, mais dont on ne peut suivre les filons qu'à l'aide d'un travail quelquefois pénible. C'est une pyramide gigantesque qui présente un rude amas de matériaux de toute espèce à travers lesquels on ne peut gravir qu'avec fatigue, mais du sommet de laquelle la vue plonge dans un horizon immense que personne n'avait aperçu avant lui. Heureux si nous pouvons inspirer au lecteur le courage nécessaire pour méditer sur ces hautes conceptions (1) !

AXIOMES GÉNÉRAUX.

1. Les sciences doivent prendre pour point de départ l'époque où commence le sujet dont elles traitent.

2. Le *monde social* est l'ouvrage des hommes : d'où il résulte que l'on en peut, que l'on en doit trouver les principes dans les modifications mêmes de l'intelligence humaine.

3. Les êtres ne peuvent rester ni se maintenir hors de leur état naturel : l'homme est de sa nature sociable, puisqu'il vit depuis les temps les plus reculés en société.

4. La *nature des choses* consiste en ce qu'elles naissent en diverses circonstances, et de certaines manières. Que les circonstances se représentent les mêmes, les choses naissent les mêmes, et non différentes.

5. Des idées uniformes, nées chez des peuples inconnus les uns aux autres, doivent avoir un motif commun de vérité.

6. Observons toutes les nations barbares ou policées, quelque éloignées qu'elles soient de temps et de lieu, elles sont fidèles à trois coutumes

(1) « On ne voit plus que méthodes ; qu'abrégés ; on n'estime les livres » qu'en proportion de la facilité ; et pourtant la facilité est aussi propre à » affaiblir l'esprit que la difficulté à le fortifier. » *Vico*, lettre à D. Francesco Solla, T. 1, p. 168 de la traduction de M. Michelet.

Digitized by Google

humaines : Toutes ont une *religion* quelconque, toutes contractent des *mariages* solennels, toutes *ensevelissent* leurs morts.

7. Le *sens commun* est un jugement sans réflexion partagé par tout un ordre, par tout un peuple, par toute une nation, par tout le genre humain.

8. Lorsque l'intelligence ne peut atteindre à la connaissance du *vrai*, les hommes prennent pour règle de conduite *le certain*.

9. Ce qui fait le *vrai*, c'est la conformité de la pensée avec la réalité; ce qui fait le *certain*, c'est une croyance exempte de doute.

10. Le *vrai* est le principe de tout *droit naturel*, le certain est celui du droit où l'on considère la *volonté* du législateur plus que la justice absolue.

11. La *philosophie* contemple la raison d'où vient la science du *vrai*, la *philologie* étudie les actes de la liberté humaine, elle en suit l'autorité, et c'est de là que vient la conscience du certain.

12. Le *sens commun* du genre humain est le *critérium* indiqué par la Providence aux nations pour déterminer la certitude dans le droit naturel. — C'est la vaste et profonde bibliothèque du genre humain.

13. Les *vérités* générales sont *éternelles;* tout ce qui est *particulier* peut à chaque instant devenir *faux*.

AXIOMES PARTICULIERS. — PHILOSOPHIE.

(Le *vrai*, fondement du *droit*, considéré comme *absolu* et *éternel*.)

1. Le *droit*, c'est la *vérité* éternelle, immuable en tout temps, en tout lieu.

2. La science éternelle de la vérité est expliquée par la *métaphysique* que l'on définit la *critique du vrai*.

3. La métaphysique donne les principes du *droit* au moyen desquels on pourrait mesurer combien le droit civil des Romains, par exemple, a ajouté au droit naturel des gens, combien il en a retranché.

4. Le principe du *droit naturel* est le *juste dans son unité*, autrement dit, l'unité des idées du genre humain concernent les choses dont l'*utilité* ou la *nécessité* est commune à tout le genre humain.

5. Le droit naturel se manifesta chez chaque peuple en particulier, sans qu'aucun d'eux sût rien des autres; ensuite ce droit fut reconnu commun à tout le genre humain, à l'occasion des guerres, ambassades, alliances, relations de commerce.

6. La *jurisprudence universelle* se compose de trois parties, savoir : *Philosophie*, *histoire*, et en outre, un art particulier d'approprier le droit aux faits, la *législation*.

Digitized by Google

PHILOLOGIE.

(Le *certain*, fondement du *droit positif* dans sa réalité.)

1. Pour être utile au genre humain, la philosophie ne doit ni arracher l'homme à sa propre nature, ni l'abandonner à sa corruption.

2. La *législation* considère l'homme *tel qu'il est*, et veut en tirer parti pour le bien de la société humaine.

3. Les premiers hommes, ne pouvant atteindre à la connaissance du *vrai*, établirent le *certain* pour règle commune de leurs actions.

4. Elle est digne de nos méditations, cette pensée de Dion Cassius : *La coutume est semblable à un roi, la loi à un tyran.*

5. Si la coutume commande comme un roi à des sujets qui veulent obéir, le droit naturel, qui a été ordonné par la coutume, est né des *mœurs humaines*, résultant de la *nature commune des nations*. Ce droit est observé et conserve la société parce qu'il n'y a chose plus agréable et par conséquent plus naturelle que de suivre les coutumes enseignées par la nature.

6. La *certitude* est le principe de la *jurisprudence inflexible*, naturelle aux âges barbares, et dont l'*équité civile* est la règle. Les barbares, n'ayant que des idées *particulières*, s'en tiennent naturellement à cette *certitude*, et sont satisfaits pourvu que les termes de la loi soient appliqués avec précision.

7. La *certitude de la loi* est une *ombre* (*obscurezza*) de la raison, appuyée sur l'autorité. Nous trouvons souvent les lois *dures* dans leur application, et pourtant nous sommes obligés de les appliquer en considération de leur *certitude*.

8. *L'équité naturelle*, dans la jurisprudence humaine dans son plus grand développement, est une *pratique*, une application de la sagesse aux choses de *l'utilité ;* car la *sagesse*, en prenant le mot dans le sens le plus étendu, n'est que *la science de faire des choses l'usage qu'elles ont dans la nature*.

9. Admirons la définition que donne Ulpien de *l'équité civile : c'est une présomption de droit, qui n'est point connue naturellement à tous les hommes* (comme l'équité naturelle), *mais seulement à un petit nombre d'hommes, qui, réunissant la sagesse, l'expérience et l'étude, ont appris ce qui est nécessaire au maintien de la société*. C'est ce que nous appelons *raison d'état*.

10. Les hommes à courte vue prennent pour la *justice* ce qu'on leur montre rentrer dans le *terme* de la loi.

11. Les hommes éclairés estiment conforme à la *justice* ce que l'impartialité reconnaît être utile dans chaque cause.

12. Les nations devant vivre pendant une longue suite de siècles, encore incapables de connaître la *vérité* et *l'équité* naturelle, la Providence permit qu'en attendant elles s'attachassent à la *certitude*, à *l'équité*

Digitized by Google

civile, qui suit religieusement l'expression de la loi, de façon qu'elles observassent la loi, même lorsqu'elle devenait *dure* et rigoureuse dans l'application, pour assurer le maintien de la société humaine.

13. Les gouvernemens doivent être conformes à la nature de ceux qui sont gouvernés. — D'où il résulte que l'école des princes, c'est la science des mœurs des peuples.

14. Le caractère des peuples est d'abord *cruel*, ensuite *sévère*, puis *doux* et bienveillant, puis *ami de la recherche*, enfin *dissolu*.

15. Du gouvernement soupçonneux de l'*aristocratie*, les peuples passent aux orages de la *démocratie*, pour trouver le repos sous la *monarchie*. — Ils partent de l'*unité* de la monarchie domestique, pour traverser les gouvernemens du plus *petit nombre*, du *plus grand nombre*, et *de tous*, et retrouver l'*unité* dans la monarchie civile.

16. Tel est l'ordre que suivent les choses humaines. D'abord les *forêts*, puis les *cabanes*, puis les *villages*, ensuite les *cités*, ou réunions de citoyens, enfin les *académies*, ou réunions de savans.

17. Les faibles veulent les lois, les puissans les repoussent; les ambitieux en présentent de nouvelles pour se faire un parti; les princes protégent les lois afin d'égaliser les puissans et les faibles.

18. Observons toutes les nations barbares ou policées, quelque éloignées qu'elles soient de temps ou de lieu; elles sont fidèles à trois coutumes *humaines :* toutes ont une *religion* quelconque, toutes contractent des *mariages solennels*, toutes *ensevelissent* leurs morts. Si des idées uniformes, chez des peuples inconnus entre eux, doivent avoir un principe commun de vérité, Dieu a sans doute enseigné aux nations que partout la civilisation avait eu cette triple base, et qu'elle devait à ces trois institutions une fidélité religieuse, de peur que le monde ne redevînt sauvage et ne se couvrît de nouvelles forêts.

19. Les hommes étaient sans lois; la Providence réveilla dans l'âme des plus violens et des plus fiers une idée confuse de la divinité, afin qu'ils entrassent dans la vie sociale et qu'ils y fissent entrer les nations. Ignorans comme ils étaient, ils appliquèrent mal cette idée; mais l'effroi que leur inspirait la divinité, telle qu'ils l'imaginèrent, commença à ramener l'ordre parmi eux.

20. La crainte seule a fait les premiers dieux. — Les fausses religions sont nées de la crédulité et non de l'imposture. Ces religions cruelles et sanguinaires étaient le premier degré par lequel la Providence amenait les hommes encore farouches, les fils des *Cyclopes* et des *Lestrigons*, à la civilisation des âges d'*Aristide*, de *Socrate*, des *Scipions*.

HISTOIRE

(*Droit divin. — Droit héroïque. — Droit humain.*)

I. Dans les premiers âges, des géans grossiers et farouches parurent sur la terre. Maîtrisés par les illusions de leur imagination, faculté d'au-

Digitized by Google

tant plus forte, que le raisonnement est plus faible, épouvantés par les éclats de la foudre, impressionnés par les phénomènes de la nature, ils crurent entendre la voix d'un être tout-puissant; ils conçurent l'idée de la divinité, et ils s'assujettirent aux forces supérieures qui leur parurent produire les phénomènes qui faisaient entrer dans leur cœur l'épouvante. Ils virent dans toute la nature l'action des puissances occultes, sous la dépendance desquelles ils se placèrent eux-mêmes. Ce premier âge fut l'âge du *droit divin*. Les hommes se regardaient, eux et tout ce qui leur appartenait, comme immédiatement soumis à la divinité. Ils eurent recours à la *divination* pour rechercher et connaître la volonté des dieux, qu'ils s'efforçaient de prendre pour unique règle de conduite. Les promesses, les traités, intervenaient en présence des dieux, sur les hauts lieux, et recevaient, par des cérémonies sacrées, une sanction religieuse, qui seule pouvait en garantir l'exécution.

De la crainte des dieux, du principe religieux, résultèrent les premiers liens qui nouèrent la société et qui établirent des règles communes propres à régler les rapports des hommes. Ces farouches géans, impressionnés par la terreur que leur inspiraient leurs divinités, mirent un frein à leurs passions, retinrent des femmes dans leurs cavernes, contractèrent avec elles des unions à la face du ciel, cessèrent de vivre dans un état brutal de promiscuité, et commencèrent les mariages qui déterminèrent les rapports d'époux, de fils et de père. Ainsi naquirent les familles dont ils furent les chefs et les prêtres, et qu'ils gouvernèrent avec la dureté des cyclopes homériques.

Alors ces premiers chefs cessèrent d'errer pour chercher leur pâture; ils fixèrent leurs habitations, ils cultivèrent les terres pour pourvoir à leurs besoins, ils tuèrent les bêtes sauvages qui infestaient leurs champs, et ils se défendirent contre les agresseurs. De cet état de choses résultèrent les premiers gouvernemens, qui furent les *théocraties* des pères de famille. Le *droit*, dans ces premiers âges, fut exprimé par des cérémonies sacrées, ne fut que *la science des choses divines*, la connaissance des rites religieux et des mystères de la divination.

II. Au règne de la volonté des dieux, succéda le règne de la force, l'âge des héros, le *gouvernement héroïque*. Au bout d'un laps de temps considérable, plusieurs des géans impies qui étaient restés dans la communauté des femmes et des biens, fatigués des querelles qu'elle produisait, touchés des avantages que procurait la vie sociale, vinrent chercher un asile dans les lieux habités, et se placer sous la tutelle des forts. Les chefs de famille, plus courageux parce qu'ils avaient déjà formé une première société, recevaient sous leur protection ces malheureux réfugiés, et tuaient ceux qui osaient porter le ravage sur leurs terres. Ainsi, la monarchie domestique s'accrut par la *clientelle*. Cette adjonction des cliens à la famille, cette nouvelle forme sociale, dont l'*utilité* était l'unique but, fut d'une nature servile. Aussi les réfugiés ne furent accueillis

Digitized by Google

qu'à une condition dure, mais raisonnable, celle de gagner eux-mêmes leur vie et de travailler pour les héros, comme leurs serviteurs. Leur vie dépendait de leur seigneur, et par suite, tout ce qu'ils pouvaient acquérir; droit terrible, fondé sur la force, et que les héros exerçaient jusque sur leurs propres enfans.

Après bien des années, les pères de famille, devenus puissans par la piété, par la vertu de leurs ancêtres et par les travaux de leurs cliens, oublièrent la condition sous laquelle ceux-ci s'étaient livrés à eux, et les opprimèrent au lieu de les protéger. Sortis ainsi de l'*ordre naturel*, qui est celui de la justice, ils virent leurs cliens se révolter contre eux, et ils s'unirent pour les apaiser. Ils y parvinrent en leur abandonnant le domaine *bonitaire* des champs, dont ils se réservèrent le domaine *éminent*. Ainsi naquit la *cité*, fondée sur un corps souverain de nobles. Cette noblesse consistait à sortir d'un mariage solennel et célébré avec les auspices. Par elle les nobles régnaient sur les plébéiens, dont les unions n'étaient pas ainsi consacrées.

Par cet ordre de choses, au gouvernement théocratique, où les prêtres gouvernaient par la divination, succéda le *gouvernement héroïque*, où les héros régnaient sur leurs cliens par la force, mais par la force maîtrisée d'avance par la religion, qui seule peut la contenir dans des bornes raisonnables. La *loi* fut alors l'*impression de la volonté des héros;* elle trouva sa sanction dans la puissance de leurs bras. Cet âge fut celui des *gouvernemens héroïques ou aristocratiques*. Chaque chef régnait sur sa famille, et faisait en même temps partie du corps politique, qui s'était formé pour contenir les cliens dans l'obéissance. De cet ordre de choses résultèrent deux intérêts distincts : l'intérêt privé, et l'intérêt de l'état, dans lequel se confondait l'intérêt privé. Du milieu même des nobles s'éleva l'ordre des *pères*, qui, par leur âge, étaient les plus dignes de gouverner. Entre les pères eux-mêmes, les plus courageux, les plus robustes, furent pris pour *rois*, afin de conduire les autres et d'assurer leur résistance contre les cliens mutinés.

A cet âge, la *jurisprudence* eut pour caractère de reposer *sur des paroles précises*, sur des textes positifs. et les *lois* eurent pour base *la raison d'état*, *l'équité civile*. Cette équité s'attachait religieusement aux paroles de la loi, les suivait avec une sorte de superstition, et les appliquait aux faits d'une manière inflexible, quelque dure, quelque cruelle même que cette application pût paraître.

III. Lorsque, par la suite des temps, l'intelligence des plébéiens se développa, ils revinrent de l'opinion qu'ils s'étaient formée de l'héroïsme et de la noblesse; ils comprirent qu'ils étaient hommes aussi bien que les nobles, et ils eurent le sentiment de leurs forces. Ils voulurent aussi entrer dans l'ordre des citoyens. Ces derniers se virent obligés de les admettre à participer à la solennité des mariages, et dès-lors, à côté de la

Digitized by Google

famille noble, on vit s'élever la famille plébéienne. Bientôt une lutte dut s'engager entre l'aristocratie et le peuple, lutte dans laquelle on vit ce dernier rivaliser de sagesse avec la noblesse, et obtenir peu à peu la participation au droit des auspices et à tous les droits publics et privés, qui en étaient regardés comme autant de dépendances. A cette époque naquirent les *républiques populaires*. Comme tout devait s'y ramener à l'urne du sort ou à la balance, la Providence empêcha que le hasard ou la fatalité n'y régnât, en ordonnant que le *cens* y serait la règle des honneurs. Par là elle voulut que les hommes industrieux, économes ou prévoyans, plutôt que les prodigues ou les indolens; que les hommes généreux et magnanimes, plutôt que ceux dont l'âme est retrécie par le besoin; qu'en un mot, les riches doués de quelques vertus fussent regardés comme les plus dignes de gouverner, comme étant les meilleurs.

Alors advint le règne du *droit humain*, dicté par la raison humaine entièrement développée. Cet âge fut celui de la *nature humaine intelligente*, et, par cela même, modérée, bienveillante et raisonnable, qui reconnaît pour lois la conscience, la raison, le devoir. La jurisprudence ne s'attacha plus au *certain*, mais tendit à se régler sur le *vrai*, et à faire prévaloir l'*équité naturelle* sur l'équité civile.

Lorsqu'ensuite les citoyens, ne se contentant plus de trouver dans les richesses un moyen de distinction, voulurent en faire des instrumens de puissance, alors, comme les vents furieux agitent la mer, ils troublèrent les républiques par la guerre civile, les jetèrent dans un désordre universel, et d'un état de liberté, les firent tomber dans la pire des tyrannies, c'est-à-dire dans l'anarchie. A cette affreuse maladie sociale la Providence applique les trois grands remèdes dont nous allons parler : -- D'abord il s'élève du milieu du peuple un homme tel qu'Auguste, qui y établit la monarchie. Les lois, les institutions sociales, fondées par la liberté populaire, n'ont pas suffi à la régler; le monarque devient maître, par la force des armes, de ces lois, de ces institutions. La forme même de la monarchie retient la volonté du monarque, tout infinie qu'est sa puissance, dans les bornes naturelles, parce que son gouvernement n'est ni tranquille ni durable, s'il ne sait point satisfaire le peuple sous le rapport de la religion et de la liberté naturelle. — Si la Providence ne trouve point un tel remède au dedans, elle le fait venir du dehors. Le peuple, corrompu, était devenu, par la nature, esclave de ses passions effrénées, du luxe, de la mollesse, de l'avarice, de l'orgueil, de l'envie et du faste. Il devient esclave par une loi du droit naturel, qui résulte de sa nature même, et il est assujetti à des peuples meilleurs, qui le soumettent par les armes. — Mais si les peuples restent long-temps livrés à l'anarchie, s'ils ne s'accordent pas à prendre un des leurs pour monarque, s'ils ne sont point conquis par une nation meilleure, qui les sauve en les soumettant, alors, à ce dernier des maux, la Providence applique un remède extrême. Ces hommes se sont accoutumés à ne penser qu'à l'intérêt privé; au milieu de

Digitized by Google

la société, ils vivent dans une profonde solitude d'âme et de volonté. Semblables aux bêtes sauvages, on peut à peine en trouver deux qui s'accordent, chacun ne suivant plus que son intérêt et son caprice. Alors les guerres intestines, les factions, les discordes privées, achèvent de déchirer ce malheureux pays, et le couvrent de la rouille d'une barbarie pire que la première, parce qu'elle n'offre qu'une lâche et hypocrite férocité, qui, au milieu des caresses et des embrassemens, en veut à la vie de l'ami le plus cher. Dans cet état affreux, les peuples deviennent comme engourdis et stupides, jusqu'à ce qu'il apparaisse parmi eux des hommes qui y ramènent l'antique simplicité des premiers âges, et qui, s'élevant au-dessus des autres par la religion, la véracité, la bonne foi, recommencent le cours du cercle dans lequel roule sans cesse le monde social.

Telles sont les doctrines de Vico sur le droit, que nous abandonnons aux méditations du lecteur. Elles reposent sur l'idée sublime d'une Providence qui règle les choses humaines, tout en laissant à l'homme l'exercice de sa liberté pour que le monde social soit son ouvrage. D'un côté paraît l'œuvre de l'homme dont les fins sont toujours bornées; de l'autre, l'œuvre de Dieu qui marche toujours vers le but que sa suprême intelligence a eu en vue, lorsqu'il a créé le genre humain. On voit l'humanité progresser et passer par les diverses transformations auxquelles elle doit être amenée par la nature, sans que ces transformations puissent être attribuées à la fatalité, puisque les hommes agissent toujours avec choix dans leurs œuvres.

Vico résout le problème du droit naturel avec netteté par la distinction du *vrai* et du *certain*, au moyen de laquelle il lui fait suivre l'humanité dans ses différentes phases pour venir aboutir à la manifestation de la vérité, à l'idée du droit *absolu* et immuable, à l'absorption du *certain* par le *vrai*. La division du temps en trois âges dans lesquels les hommes prennent successivement pour règle commune de leur action, la volonté des dieux, la volonté des forts ou des héros, et la raison humaine, jette un grand jour sur l'antiquité, sur les traces qui nous restent de l'ancienne législation de Rome. La manière dont il ex-

Digitized by Google

plique la formation des premières sociétés, est d'autant plus remarquable, qu'il écrivait à une époque où les théories n'avaient encore rien formulé à cet égard de précis, que la sienne se trouve empreinte d'un caractère de vérité qui la rend facile à saisir, et qui jette le plus grand jour sur les âges fabuleux de l'histoire. Enfin la formation de la famille par le mariage, la transformation successive de l'état en théocratie, en aristocratie, en démocratie et en monarchie, sont expliquées d'une manière ingénieuse et lucide qu'on saisit sans effort pénible.

Toutefois la théorie de Vico offre une déviation du monde social, une lacune qui dépare son système. On aperçoit de suite l'impossibilité dans laquelle il se trouve d'établir comment les peuples civilisés pouvaient repasser à l'état de barbarie pour renouer l'anneau que formerait l'humanité dans son cours, et recommencer l'âge divin, le règne de la divination, en sortant du règne de l'équité naturelle. On conçoit qu'un peuple puisse momentanément se trouver dans l'état de dégradation et d'anarchie qu'il dépeint; mais on ne conçoit pas qu'il puisse être ramené à la vie sauvage. Aussi on remarque l'impuissance de ses efforts pour établir que la seconde barbarie, celle du moyen-âge, ait été aussi semblable à la première qu'il paraît le croire; on trouve seulement des rapprochemens lumineux dans les détails qu'il donne à cet égard, mais on reconnaît que son système laisse sur ce point une lacune et manque de connexion. En étendant un peu plus ses idées, au lieu de les fixer peut-être trop exclusivement sur le peuple romain, Vico eût reconnu que l'humanité marche sans cesse en ligne droite au lieu de parcourir l'orbite qu'il lui trace, et dont elle ne sortirait jamais selon lui. En la considérant toujours en masse, il l'eût vue se diriger sans cesse vers le règne de cette justice immuable et éternelle, dernier terme du progrès, en subissant toutes les transformations

Digitized by Google

que sa nature doit nécessiter, en parcourant toutes les différentes phases qu'il a si ingénieusement décrites.

Aujourd'hui les idées de Vico ont envahi le domaine des sciences morales et de l'histoire. On ne se borne plus à analyser les faits, on ne se borne plus aux déductions du raisonnement ; on s'éclaire à la fois du double flambeau de la philosophie et de la philologie ; on étudie les faits pour y observer l'enchaînement rationnel des événemens humains ; on se livre aux spéculations d'une métaphysique transcendante qui généralise tout pour vérifier ensuite dans les faits l'expression matérielle des principes. Le droit notamment grandit et s'étend dans les domaines de la philosophie, de l'histoire et de l'étude des textes. On voit le droit résumant l'histoire de l'humanité, formuler à chaque époque les idées des masses, et exprimer les idées religieuses, les mœurs et les besoins de chaque siècle. On trouve en lui la vie sociale de l'homme toujours progressive et se revêtant de formes nouvelles pour diriger l'humanité dans les voies ouvertes par la Providence. Le droit, aujourd'hui, ne peut plus être détaché de la philosophie, l'histoire ne peut plus être détachée du droit.

Lorsqu'on veut remonter aux sources de cet état actuel de la science, on recule dans le siècle dernier et on aperçoit un phénomène jusqu'alors inouï dans le vaste domaine des connaissances humaines, celui d'un homme qui brise la chaîne progressive qu'offre l'histoire des sciences. Vico dédaigne d'ajouter une nouvelle pierre à l'édifice du passé, pour le reconstruire en entier et se jeter dans un monde nouveau où ses contemporains le laissent seul face à face avec son génie. Là il travaille avec toute l'ardeur d'une âme de feu, d'une âme italienne, à édifier une idée gigantesque devant laquelle le cœur de tous ses contemporains se fût senti défaillir, celle de créer une science nouvelle, de reconstruire l'édifice élevé par l'intelligence humaine sur des bases neuves, d'expliquer le monde social, d'en contempler le génie et

Digitized by Google

les principes, de concilier la religion avec la philosophie, de créer la philosophie de l'histoire et d'expliquer la marche progressive du droit naturel chez les nations. Cet homme dont l'œil flamboyant éclaire le passé et l'avenir, vit pauvre, obscur, ignoré, en proie au besoin, au milieu d'un siècle où tant de médiocrités académiques s'enivrent d'encens et regorgent d'honneurs et de biens; lui n'a pour unique affaire que sa grande idée qui l'absorbe, qui le soutient, qui l'isole du monde au milieu duquel il se trouve. En proie aux sollicitudes domestiques qu'occasione une famille nombreuse, entouré de sa femme et de ses enfans, il ne perd pas un instant de vue sa grande idée, il la médite sans cesse, il bénit les adversités qui le ramènent à l'étude, il pense toujours, il écrit. Enfin, lorsque la mort l'a déjà glacé, lorsqu'il sent que cette vie si noblement dévouée à la science lui échappe, sa dernière pensée est encore tout entière à l'enfant de son génie, les dernières lignes que trace sa main défaillante témoignent de sa sollicitude pour l'œuvre qui avait absorbé son âme ardente. « Maintenant, écrit-il, Vico n'a plus rien à espérer au » monde. Accablé par l'âge et les fatigues, usé par les cha- » grins domestiques, tourmenté de douleurs convulsives » dans les cuisses et dans les jambes, en proie à un mal » rongeur qui lui a déjà dévoré une partie considérable de » la tête, il a renoncé entièrement aux études, et a envoyé » au Père Louis-Dominique, si recommandable par sa » bonté et par son talent dans la poésie élégiaque, le ma- » nuscrit des notes sur la première édition de la *Science nou- » velle*, avec l'inscription suivante (1) :

(1) *Vie de Vico*, T. 1, p. 105 de la traduction de M. Michelet.

L'Italie, cette noble patrie des sciences et des arts, délaissa trop Vico et ne comprit pas toute la portée de son œuvre; mais les littérateurs et les publicistes ne restèrent pas en dehors du mouvement du dix-huitième siècle. A Naples, le jeune et candide *Filangieri*, transporté d'enthousiasme à la lecture de Montesquieu, élabore la science de la législation

Digitized by Google

AU TIBULLE CHRÉTIEN,
AU PÈRE LOUIS-DOMINIQUE,
JEAN-BAPTISTE VICO,
POURSUIVI ET BATTU
PAR LES ORAGES CONTINUELS D'UNE FORTUNE ENNEMIE,
ENVOIE CES DÉBRIS INFORTUNÉS DE LA SCIENCE NOUVELLE
PUISSENT-ILS TROUVER CHEZ LUI UN PORT, UN LIEU DE REPOS.

VICTOR MOLINIER,
substitut à Toulouse.

et meurt au moment où, appelé au conseil de son souverain, il pouvait espérer de réaliser quelques unes de ses vues philanthropiques. Après lui paraît *Mario Pagano*, l'auteur des *Essais* politiques (Saggi politici), qui périt si cruellement au milieu des troubles de son pays et qui est de tous les publicistes de cette époque celui qui suivit le plus les traces de Vico. A Milan, le comte de Firmian, dont l'administration éclairée protégeait les sciences, groupe autour de lui de jeunes seigneurs italiens qui consacrent leurs loisirs à l'étude de la législation et de l'économie sociale. Parmi eux se montrent au premier rang *Beccaria-Pierre-Verri* et *Alexandre Verri*, l'auteur des *Nuits romaines*. *Beccaria* qui, à vingt-huit ans, publie son ouvrage *des Délits et des Peines*, dans lequel il propose l'abolition de la peine de mort et la réforme de tout ce qu'offre de barbare la législation criminelle souillée des pratiques et des peines les plus atroces. *Pierre Verri*, en fouillant dans les chroniques de Milan, s'empare de l'histoire de cette peste de 1630 que le célèbre Manzoni a aussi décrite, et au milieu du tableau le plus épouvantable de ce fléau, et des excès auxquels la superstition peut conduire le peuple dans des temps de calamités, il élève sa voix puissante contre la torture, il proteste au nom de l'humanité contre les excès d'une aveugle fureur, contre la violation des droits de la nature. *Genovesi*, dans son *Diocésial* ou *Science des Droits et Devoirs de l'homme*, proclame les grands principes du droit humain, base rationnelle des législations. Plus tard, l'âme fière et brûlante d'Alfieri plaide la cause des peuples dans plusieurs écrits, dépeint la ombre tyrannie de Philippe II et fait retentir le théâtre d'une mâle et énergique liberté.

Digitized by Google

QUELQUES MOTS

sur le livre de M. Bravard, DE L'ÉTUDE DU DROIT ROMAIN.

Aujourd'hui que la science du droit semble concentrée chez nous dans le cercle quelque peu étroit de l'exégèse de nos Codes, c'est une bonne fortune pour les amis des études approfondies, que l'apparition d'un livre qui sorte de l'ornière tracée des commentaires du Code et des traités à l'imitation de Pothier. Celui de M. Bravard, piquant par la vivacité du style, original par la hardiesse des idées, nourri en même temps d'une science solide et profonde, est digne, à tous égards, d'attirer l'attention générale. Quelques pages de ce livre révèlent surtout une étonnante sagacité d'exégèse : si l'exégèse des textes du droit romain est une gymnastique intellectuelle, comme le veut M. Bravard, M. Bravard est un robuste athlète. Son interprétation de la loi 55, *Dig. ad legem Aquiliam*, est surtout un modèle du genre. Pourquoi faut-il que l'auteur fasse si bon marché de ses travaux? pourquoi se plaît-il à faire assister le lecteur aux labeurs de son intelligence subtile, de son érudition profonde, pour finir par un trait digne de Faust, pour lui dire : voyez la peine de l'étude et la futilité du résultat? Il est pénible de voir ainsi la satire de la science sortir de la plume d'un homme qui se montre si digne d'être son interprète.

Aussi bien, l'auteur ne peut rester long-temps dans ce rôle de contempteur du droit romain qui sied si peu à son caractère et à son talent; bientôt il est entraîné irrésistiblement à reconnaître les avantages de l'étude de cette législation mère, et il finit par tracer, d'une main ferme et judicieuse, les réformes qu'exige un enseignement dont

Digitized by Google

on pouvait croire, en lisant les premières pages, qu'il allait demander la suppression complète.

Après ces savantes exégèses de textes, que nous sommes loin de dédaigner comme l'auteur, M. Bravard nous offre des exemples de travaux dont l'utilité est plus incontestable et dans lesquels il fait preuve d'une habileté non moins remarquable. C'est lorsqu'il expose systématiquement les théories de quelques points spéciaux de droit civil : sa doctrine des choses fongibles, celle de la maxime *res perit domino*, sont des morceaux excellens qui suffiraient à eux seuls pour démontrer la nécessité d'étudier le droit romain à quiconque veut pénétrer les points délicats du droit civil français comme du droit civil de toute nation européenne. C'est par de pareilles études, sur des spécialités du droit, que l'on arrive à se convaincre de l'utilité pratique du droit romain; c'est ainsi qu'on découvre cette puissance de logique, cette noble et sévère ordonnance des théories, qui font du droit romain le type éternel des législateurs de tous les peuples civilisés.

L'utilité historique du droit romain et l'importance de son étude pour l'explication des origines de notre droit, n'ont point été méconnues non plus par M. Bravard. Il nous a donné lui-même des exemples brillans du parti que l'on peut tirer de l'étude de la jurisprudence romaine comparée à la nôtre, dans la théorie de l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi, dans celle des stipulations faites dans l'intérêt de tiers, et dans le parallèle intéressant qu'il établit entre le mandat du droit romain et la commission de notre droit commercial. Ce dernier fragment, en particulier, nous fait vivement désirer, dans l'intérêt de la science, que M. Bravard donne suite à l'idée qu'il paraît avoir conçue de restituer le droit commercial romain. Ce travail serait aussi curieux qu'utile et il montrerait peut-être quelle mine féconde sont les livres du droit romain, même pour les parties de la législation qui parais-

Digitized by Google

sent avoir été les moins cultivées par les anciens, ou avoir fait le plus de progrès dans les temps modernes.

Et cependant nous devons dire que M. Bravard nous a paru manquer, jusqu'à un certain point, de ce que les Allemands appellent le *sens historique*, de ce sens si précieux pour l'étude de toutes les sciences morales en général, et plus particulièrement pour celle du droit, et que le sens commun est bien impuissant à remplacer. L'esprit historique de notre époque ne se retrouve point dans le livre de M. Bravard; l'esprit philosophique et frondeur du dix-huitième siècle y vit encore, il l'anime de sa hardiesse, il inspire sa verve satirique. On le reconnaît, cet esprit philosophique avec tous ses défauts, dans cette confiance en la raison individuelle qui méprise les citations et les auteurs qui citent souvent (pag. 254), et qui, faisant abstraction des considérations de temps et de lieu, veut tout soumettre à la même mesure, veut tout juger d'après des règles absolues, et par suite ne voit dans les obscurités mystérieuses de la science antique que des aberrations à ridiculiser, et dans les opinions consacrées depuis des siècles, que des préjugés à secouer.

Si M. Bravard avait tenu compte des conditions sociales qui ont présidé à la naissance et aux progrès de la jurisprudence romaine, il se serait abstenu de quelques critiques qui tombent pleinement à faux. Il eût senti que les formalités rigoureuses des contrats de droit civil et la foi scrupuleuse avec laquelle on en suivait la lettre, tenaient à un caractère primitif, commun à tous les peuples dont la civilisation est encore dans l'enfance : l'interprétation de bonne foi appartient à une période plus avancée. Il eût senti encore que l'attachement religieux des Romains à leurs lois antiques tenait au même caractère, et il eût vu peut-être, dans la force plus intense et plus durable de ce caractère chez le peuple romain, l'une des causes de sa grandeur : il eût vu, dans la subtilité des préteurs et des

Digitized by Google

prudens à modifier les lois par une interprétation respectueuse dans les formes, une lutte laborieuse de l'équité philosophique contre le rigorisme des principes nationaux antiques; il eût pu critiquer la constitution de la république qui donnait au magistrat ce pouvoir d'éluder la loi, et les mœurs publiques des Romains qui s'accommodaient de cette casuistique; mais il ne s'en serait point pris aux jurisconsultes, dont le mérite est indépendant de celui de l'organisation politique de leur patrie et de celui de la législation à laquelle ils ont dû appliquer leurs savantes doctrines.

M. Bravard se serait surtout gardé de reprocher à ces jurisconsultes, disciples du Portique et conseillers des Antonins, de n'avoir pas compris la théorie de la souveraineté du peuple (pag. 212), de n'avoir pas deviné le droit international (pag. 234), de n'avoir pas inventé le jugement par jurés (pag. 227). Il n'eût point eu encore l'idée bizarre de présenter le droit romain comme la première source *du despotisme aveugle des sultans* (pag. 232).

N'allons donc point demander au droit romain de la politique ni du droit public, ni de l'économie politique : ce sont choses essentiellement variables qui se modifient perpétuellement, suivant les mille formes que revêt successivement la civilisation dans le cours des âges. Ce qu'étaient ces parties de la science chez les Romains est aujourd'hui matière de pure érudition, et c'est assez pour mériter qu'on l'étudie; mais il n'est venu à l'idée d'aucun moraliste d'en vouloir faire l'application aux états de l'Europe moderne. C'est pour le droit privé que la jurisprudence romaine est un modèle fécond, un répertoire inépuisable de décisions sages et toujours applicables. C'est qu'en effet, le droit privé est la partie de la législation la plus stable, la moins influencée par les révolutions des empires : elle comprend un nombre considérable de principes équitables et rationnels qui se retrouvent plus ou moins

Digitized by Google

perfectionnés chez tous les peuples et forment le droit naturel des nations civilisées, *jus naturale gentium humanarum;* c'est ce corps de principes qui se trouve dans les livres du droit romain et qui en fait la grande importance.

M. Bravard a jeté du ridicule sur un certain nombre de décisions du droit romain en des matières civiles : un tel germe de critique est facile, et l'on aurait peu de peine à l'appliquer à nos jurisconsultes anciens et même à nos textes les plus modernes. Je ne prétendrai point justifier tout ce que critique M. Bravard : *le bon Homère dort quelquefois;* et les jurisconsultes romains, que je tiens être en jurisprudence ce qu'est Homère en poésie, peuvent bien, sans grand crime, dormir aussi de temps en temps. Mais je ne crains point de dire que parmi les textes que M. Bravard a le plus critiqués et ridiculisés, il en est un bon nombre qui, sainement entendus, ne présentent que des décisions des plus rationnelles : ici je dois suivre la méthode de l'auteur et donner des exemples.

Je trouve cité à la page 210 le mot que Justinien rapporte de Sévère et Antonin : *Licet enim legibus soluti simus, attamen legibus vivimus.* M. Bravard traduit : *quoique les lois ne nous obligent pas, cependant nous conformons notre conduite aux lois.* Il voit en ce texte la doctrine du pouvoir absolu, il l'entend en ce sens que le prince aurait été affranchi de l'obéissance aux lois en général.

Ce texte est loin d'avoir une si haute portée.

Les empereurs avaient coutume (Auguste en donna l'exemple) de se faire affranchir par le sénat des prescriptions de certaines lois civiles : ils l'avaient été spécialement de celles de la loi *Cincia* sur les donations, et des lois *Julia* et *Papia Poppæa* sur les testamens et les peines du célibat. Ces dernières lois, qui avaient sous Auguste opéré une grande révolution dans le système des capacités civiles, furent d'ordinaire désignées par le simple nom gé-

Digitized by Google

nérique de lois, *Leges* (*vid. Heineccius, comment. ad Leges Jul. et Pap. Popp.*, lib. 1, cap. 1. § IX). C'est en ce sens que le mot *legibus* est pris dans le texte cité; car il s'agit, au paragraphe des Instituts, de la validité des dispositions testamentaires faites en faveur du prince. La même décision se retrouve pour le même cas dans la loi 23 *Dig. de legatis* 3°, et dans la *constit.* 3 *Cod. de testamentis*, qui nous fait mieux connaître quelles étaient les prescriptions législatives dont les princes étaient affranchis; c'étaient principalement les lois de formalités, *licet enim lex imperii solemnibus juris imperatorem solverit.* Que si nous voulons recourir à la *lex imperii* qui nous reste, c'est-à-dire au sénatus-consulte qui conféra l'empire à Vespasien, nous y trouvons la preuve que le prince était affranchi de certaines lois et non de toutes, car il y est décrété que Vespasien sera affranchi des mêmes lois dont l'étaient ses prédécesseurs.

Utique quibus legibus plebisve scitis scriptum fuit ne divus Aug. Tiberiusve..... tenerentur, is legibus plebisve scitis imp. Cæsar Vespasianus solutus sit.

Ainsi donc le prince n'était point placé au dessus des lois; il était seulement affranchi des prescriptions de certaines lois sur la capacité civile, et il se faisait d'ordinaire un devoir de haute convenance, de ne point user de ce privilége. La loi 23 Dig. *de legibus*, qui semble, au premier aspect, exprimer un principe général, *princeps legibus solutus est*, ne se rapporte encore qu'aux lois *Julia* et *Papia Poppæa*; car elle est extraite du commentaire d'Ulpien sur ces lois.

Il est vrai que le prince faisait la loi : mais, malgré l'autorité de J.-J. Rousseau, cité par M. Bravard, l'expérience est là pour démontrer que le pouvoir donné au prince de faire la loi n'est point un caractère essentiellement propre aux seuls états despotiques; l'ancienne monarchie française

Digitized by Google

n'était point une monarchie absolue, et cependant la loi émanait du prince seul, et la maxime, que la volonté du prince était la loi, s'énonçait dans une forme bien plus énergique que dans les textes du droit romain : *si veut le roi, si veut la loi*, disent les Institutes coutumières.

Je prends un second exemple : l'auteur, à la page 168, cite ce texte d'Ulpien, L. 1 § 3, *de concubinis :*

Si qua in patroni fuit concubinatu, deindè in filii esse cœpit, vel in nepotis, vel contrà, *non puto eam rectè facere.*

Il rend en français ces derniers mots par ceux-ci : *Je suis d'avis que cela n'est pas très-régulier*; c'est là parodier et non traduire. Ulpien n'a point entendu résoudre un cas de conscience, il a décidé une question de droit, et c'est encore la loi *Papia Poppœa* qui va nous faire reconnaître la question que ce texte décide. La loi *papia* avait fait du concubinat un état légal, une sorte de mariage moins solennel, ayant des effets civils, et soumis à quelques uns des empêchemens des justes noces : *concubinatus per leges nomen assumpsit* (L. 3 § 1, de concub.). C'est ainsi que tous les empêchemens dérivant de la parenté étaient appliqués au concubinat aussi bien qu'au mariage ; dans la loi en question, Ulpien se prononce contre un concubinat qui blesse la loi de sa nature, étant contracté entre personnes unies par une sorte d'alliance : *propè nefaria est hujus modi conjunctio*, ajoute-t-il, *et ideo hujus modi facinus prohibendum est.* Il y avait d'autant plus utilité dans le cas posé à décider la question, qu'il s'agissait d'une affranchie concubine de son patron, et que la loi attribuait à cette sorte de concubines le rang et les honneurs des *matres familiás*; il importait donc de savoir si cette femme, dans l'hypothèse posée, devait jouir de ce privilége, et pour cela il fallait examiner si son concubinat était ou non légitime.

M. Bravard, puisqu'il en était sur cette loi, aurait pu en

Digitized by Google

continuer l'exégèse sur le même ton ; le texte lui offrait beau jeu ; le § 4 porte :

Cujuscumque ætatis concubinam habere posse palam est : nisi minor annis duodecim sit.

Ce qui signifie littéralement qu'on ne peut point prendre une concubine impubère, mais qu'il est évidemment permis de la prendre aussi vieille que l'on veut. Assurément on se moquerait aujourd'hui avec raison d'un jurisconsulte qui dirait cela dans un commentaire du Code civil ; mais dans un commentaire de la loi *Papia*, cela était très-raisonnable, et c'était la solution d'une question de droit. Cette loi, en effet, avait défendu les mariages entre personnes ayant plus de soixante ou de cinquante ans selon le sexe, en ce sens du moins qu'elle refusait aux personnes qui contractaient mariage après cet âge les priviléges qu'elle avait introduits en faveur des gens mariés (Heineccius, comm. ad leg. Pap. Pop. lib. II, cap. 3). Le jurisconsulte observe avec raison à ce sujet que le concubinat est au contraire permis à tout âge, et produit toujours les mêmes effets.

Enfin, je ne puis laisser sous le poids du ridicule que M. Bravard a déversé sur elle cette fameuse loi où il est question d'accouchement de quatre, cinq, et même sept enfans à la fois. Je crois que M. Bravard a erré sur son véritable sens, et j'en donne une paraphrase différente de la sienne.

Antiqui libero ventri ita prospexerunt ut in tempus nascendi, *omnia ei jura integra* reservarent sicut apparet in jure hereditatium, in quibus qui post eum gradum sunt agnationis, quo est id, quod in utero est, non admittuntur, dum incertum est an nasci possit : ubi autem eodem gradu sunt cæteri quo et venter, tunc *quæ portio in suspenso esse debeat* quæsierunt : hæc quia non poterant scire quot

Les anciens ont étendu leur prévoyance sur le part à naître, de sorte à lui réserver pour le temps de sa naissance *tous ses droits en entier* : ainsi qu'on le voit dans le droit des successions. Ceux qui sont à un degré inférieur à celui auquel devra se trouver l'enfant à naître ne sont point admis à la succession pendant qu'il est incertain si l'enfant naîtra. Mais dans le cas où d'autres sont au même degré que le part, ils se sont de-

Digitized by Google

nasci possunt : ideo nam multa de hujusmodi re tam varia et incredibilia creduntur *ut fabulis adnumerentur*. Nam traditum est quatuor pariter puellas à matrefamiliâs natas esse : alioquin tradidere *non leves auctores* quinquies quaternos enixam Peloponnesi, multas Ægypti uno utero septenos. Sed et tergeminos senatores cinctos vidimus Horatios. Sed et Lœlius scribit se vidisse in palatio mulierem liberam, quæ ab Alexandria perducta est ut Hadriano ostenderetur cum quinque liberis, ex quibus quatuor eodem tempore enixa (inquit) dicebatur : quintum post diem quadragesimum, quid est ergo ? prudentissimè juris auctores *medietatem quamdam secuti sunt*, ut quod fieri non rarum admodùm potest, intuerentur : id est *quia fieri poterat ut tergemini nascerentur*, quartam partem superstiti filio adsignaverint : τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δίς, id est, *quod enim semel aut bis existit* (ut ait Théophrastus), παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται, id est, *prætereunt legislatores*. Ideoque etsi unum paritura sit, non ex parte dimidiâ sed ex quartâ interim heres erit. *L. 3 Dig. si pars hereditatis petatur.*

mandé *quelle portion devait demeurer en suspens?* parce que l'on ne pouvait savoir combien d'enfans pourraient naître ; car sur cette matière bien des choses différentes et incroyables sont crues, *qui peuvent être considérées comme fabuleuses*. Car on rapporte que quatre filles naquirent en même temps d'une mère de famille : et d'ailleurs des *auteurs graves* ont rapporté qu'une femme du Péloponnèse accoucha cinq fois de quatre enfans, et que beaucoup en Egypte sont accouchées de sept à la fois. Nous avons encore l'exemple des trois Horaces jumeaux, et Lélius dit avoir vu une femme amenée d'Alexandrie pour être montrée à Hadrien avec cinq enfans, dont elle avait, disait-on, mis au monde quatre à la fois, et le cinquième quarante jours après. Que faut-il donc décider? Les auteurs du droit *ont prudemment suivi une opinion moyenne* (sur la question physiologique : Combien peut-il naître de jumeaux à la fois ?) ; ils ont considéré ce qu'il n'est point extrêmement rare de voir arriver, c'est-à-dire que, *comme il peut se faire qu'il naisse trois enfans*, ils ont assigné le quart de l'hérédité à l'enfant déjà né. Car, comme le dit Théophraste, *les législateurs ne s'arrêtent point à ce qui arrive une fois ou deux*. C'est pourquoi, bien qu'il doive naturellement naître un seul enfant, celui déjà né sera en attendant héritier, non point pour la moitié, mais seulement pour le quart.

Tel est donc le sens de cette loi : le principe fondamental est posé par ces mots *ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarent*; il faut tenir en réserve pour le part à naître tous ses droits, le *maximum* de ce qui pourra lui revenir, et ce principe est juste parce que la portion ainsi réservée étant confiée à la surveillance d'un curateur au ventre, se retrouvera toujours pour être restituée, le cas échéant, à qui de droit, tandis que l'héritier déjà né

Digitized by Google

pourra dissiper ce qui lui aura été désemparé : nous ne voyons point, en effet, qu'il soit soumis à donner aucune sûreté, ni que la délivrance qui lui est faite soit seulement provisoire; on lui attribue définitivement une portion, mais la moindre portion qu'il puisse avoir, sauf à parfaire; il s'agit ensuite de faire l'application du principe posé, et le jurisconsulte se demande combien il peut naître d'enfans, afin de décider combien de portions doivent demeurer en réserve, *quæ portio in suspenso esse debeat* : il cite des exemples d'accouchemens de trois, quatre, cinq et même sept enfans à la fois. Que faut-il croire et où faut-il poser la limite du nombre d'enfans qui peuvent naître d'une seule couche? Les jurisconsultes se gardent prudemment d'une trop grande crédulité; ils adoptent une opinion modérée et n'admettent que l'éventualité du triple part, *quia fieri poterat ut tergemini nascerentur*; ils ne tiennent nul compte des accouchemens extraordinaires d'un plus grand nombre d'enfans, *quod semel aut bis existit prætereunt legislatores*; et de cette sorte, en attribuant à l'enfant déjà né le quart de la succession, c'est le *minimum* de ce qui doit lui revenir qu'ils entendent lui faire délivrer avant l'accouchement, et ce n'est point le moyen terme entre le *maximum* et le *minimum*. Les auteurs qui ont cru qu'il s'agissait d'un moyen terme ont été induits à erreur par les mots *medietatem quamdam secuti sunt*, lesquels ne sont là que pour indiquer que les jurisconsultes ont suivi une opinion moyenne sur la question physiologique. Mais cette interprétation est inadmissible par deux raisons que je crois fondées : premièrement, si on l'adopte, la décision du jurisconsulte sera en contradiction avec le principe duquel il part; car, s'il peut naître sept enfans et qu'on ne réserve que la portion de trois, il sera faux de dire qu'on réserve au part à naître tous ses droits, *omnia jura integra*; secondement, la décision sera encore en contradiction avec le motif par lequel le jurisconsulte la justifie; car, si l'on

Digitized by Google

considère les naissances de sept enfans à la fois comme naturellement possibles et si l'on s'arrête à la supposition qu'il en naîtra trois, parce que *trois* serait le moyen terme entre *un* et *sept*, il faudra convenir que l'on fonde ses calculs sur l'éventualité de la naissance de sept jumeaux et la citation de Théophraste le τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δίς sera un non-sens. Il n'y a concordance entre les diverses phrases de cette loi, que suivant l'interprétation que j'en ai donnée.

Cette interprétation est de plus confirmée par plusieurs autres fragmens du Digeste dans lesquels on voit que les jurisconsultes considéraient comme monstrueux l'enfantement de plus de trois jumeaux, et par suite n'en faisaient point l'objet des prévisions de la jurisprudence. C'est ce que dit positivement Gaiüs, L. 7, *princ. de rebus dubiis : quod ultra tres nascitur fere portentosum videtur.*

La loi 28 § 5, *de judiciis* examine la question de savoir quelle part de la créance héréditaire pourra demander l'héritier déjà né lorsqu'il y a encore un héritier à naître : c'est le quart, répond le jurisconsulte d'accord avec la loi 3, *si pars hereditatis petatur.* Mais le motif qu'il en donne prouve bien qu'il entend ne permettre à l'héritier déjà né que d'agir pour la moindre portion qui pourra lui revenir, *quia incertum est an tres nascerentur ;* il ne prévoit point la possibilité d'un enfantement de plus de trois.

La preuve est plus frappante encore dans la loi 36 *de solutionibus et liberationibus ;* il y est traité la même question que dans la précédente, et de plus le jurisconsulte se demande si l'héritier qui a intenté action pour l'intégralité de la créance héréditaire a encouru la peine de la plus-pétition et pour combien il l'a encourue : il doit perdre ce qu'il aurait eu le droit de demander ; c'est là la peine de la plus-pétition ; ce qui devait rester en suspens et ne lui être dévolu qu'après l'enfantement, ne peut avoir été perdu par avance à cause de la plus-pétition. Or ce qu'il aurait pu demander, c'était le quart, *quia tres nasci potuerunt ;* voilà l'opinion

Digitized by Google

commune rapportée par le jurisconsulte ; mais il ajoute comme l'expression d'un doute, ou comme l'énonciation timide d'une opinion nouvelle : *aut sextam, quia quinque : nam et Aristoteles scripsit quinque nasci posse.* Le jurisconsulte calcule ici sur la possibilité d'une naissance de cinq enfans, évidemment par interprétation bénigne, afin de diminuer le plus possible la peine de la plus-pétition ; mais il est bien certain qu'il ne pense nullement à calculer sur le moyen terme du nombre d'enfans à naître, mais sur le *maximum*, et qu'il hésite s'il fixera ce maximum à trois selon l'opinion commune, ou s'il l'élevera jusqu'à cinq sur la foi d'Aristote.

Enfin il paraît qu'il y avait dissentiment entre les jurisconsultes, et que quelques uns voulaient attribuer à l'héritier déjà né, non point le minimum de sa portion éventuelle, mais le moyen terme : mais ceux-là ne plaçaient point le moyen terme à trois ; ils se réglaient d'après la plus grande probabilité, la naissance d'un seul enfant, qui est en effet le vrai moyen terme entre l'avortement et les enfantemens multipliés. C'était, à ce qu'il paraît, l'opinion d'Ulpien, l. 30, § 6, *de adquirendâ vel amettendâ heriditate ; ex parte dimidiâ et ignorantem fore heredem, non ex quartâ ut Julianus putat.* Ces derniers mots renvoient naturellement à la loi 36 *de solut.*, que je viens de citer, et qui est effectivement de Julien. Il faut convenir cependant que le texte d'Ulpien n'est point parfaitement clair, et qu'il a donné prise aux interprètes conciliateurs pour nier le dissentiment qui aurait existé entre Ulpien et les autres jurisconsultes.

Je sais bien que l'interprétation d'après laquelle le part de trois enfans aurait été considéré comme terme moyen peut se défendre par la loi 4, *si pars heredîtatis petatur*, qui suit immédiatement celle qui fait le sujet de cette discussion :

Et si pauciores fuerint nati, reciduum ei pro ratâ ad-

crescere; si plures quàm tres, decrescere de eâ parte, ex quâ heres factus est.

Je réponds d'abord que cette loi est d'Ulpien, et que, s'il est vrai qu'Ulpien ait défendu l'opinion qui attribue à l'héritier déjà né la moitié et non le quart de l'hérédité, il n'a pu s'exprimer dans les termes de cette loi; il serait en contradiction avec lui-même. Dans cette hypothèse, il y aurait interpolation, et le texte vrai d'Ulpien aurait établi l'accroissement, pour le cas d'avortement, et le décroissement pour le cas d'un enfantement multiple.

Que s'il n'y a pas eu interpolation, si le texte est pur, cette décision s'accorde encore parfaitement avec mon interprétation. Car si les cas extraordinaires ne doivent point être prévus par le législateur, ils doivent l'être du moins par la doctrine; il faut bien, lorsqu'ils se présentent, que le juge leur applique une décision : en ce sens, la prévision du *quod semel aut bis existit* suffit pour justifier la décision de cette loi.

En définitive, que reste-t-il de cette *magnifique opinion que les jurisconsultes romains avaient de la fécondité des femmes?* Qu'ils ont cru rigoureusement possible les accouchemens de plus de trois enfans, mais en même temps qu'ils les ont considérés comme trop rares pour pouvoir être d'aucune prévision législative. Faut-il encore sur cela justifier leur crédulité? Ils citent, en rapportant des exemples, des auteurs graves, *auctores non leves* : le bon Fabrot qui, à l'exemple des plus grands jurisconsultes du 16e siècle, aimait beaucoup les citations, a recherché dans sa dissertation *de numero puerperii* quels étaient ces *auteurs graves*; il cite à ce sujet douze auteurs anciens dont les plus compétens sont Aristote, Pline et Strabon. A ces autorités, s'il m'est permis d'en joindre de plus modernes, je citerai les mémoires de l'Académie des sciences et l'Encyclopédie; j'extrais ce qui suit de ce dernier ouvrage, v° *Accouchement.*

Digitized by Google

« On lit, Histoire de l'Académie 1709, pag. 22, que » dans la même année la femme d'un boucher d'Aix était » accouchée de quatre filles qui paraissaient de différens » termes, ensuite d'une masse informe, puis de deux jours » en deux jours de nouveaux enfans bien formés, tant garçons » que filles jusqu'au nombre de cinq, de sorte qu'en tout » il y en avait neuf sans compter la masse. Ils étaient tous » vivans et furent tous baptisés ou ondoyés. On n'avait point » encore ouvert la masse informe, qui apparemment conte- » nait un autre enfant. Le nombre des enfans et quelques » soupçons de superfétation sont ici des choses très-dignes » d'observation. »

Je pourrais multiplier les citations, mais cette page de la grande œuvre du 18e siècle renchérit suffisamment sur la crédulité de Paul et de Julien; et je renvoie les sarcasmes de M. Bravard à MM. de l'Académie des sciences et à MM. de l'Encyclopédie,

ALBAN D'HAUTHUILDE,
docteur en droit.

Digitized by Google

DE LA DÉNONCIATION DE NOUVEL ŒUVRE

DANS L'ANCIENNE JURISPRUDENCE FRANÇAISE (1).

§ III. Le droit romain présentait ainsi un système savant et vaste d'actions destinées à la défense provisoire de la propriété : c'est que chez ce peuple agriculteur et sans commerce, la propriété foncière était de la plus haute importance, et

Le démon vigilant de la propriété,

qui animait chaque citoyen, inspirait aussi les lois et la jurisprudence. Ainsi naquirent ces nombreuses actions préparatoires ou provisoires, toutes conçues dans un but uniforme, mais inventées pour des cas divers, et soumises à des conditions différentes d'admissibilité, quoique pouvant se rencontrer quelquefois, et concourir en certaines hypothèses. A cette famille importante d'actions appartiennent les interdits possessoires, l'interdit *quod vi aut clam*, la dénonciation de nouvel œuvre, l'action *de damno infecto*, etc.

Il ne faut pas s'étonner que la confusion se soit introduite de bonne heure dans une doctrine aussi compliquée; elle n'était point de nature à être transplantée hors de la Rome antique, dont les mœurs et les institutions judiciaires lui avaient donné naissance.

Dans notre ancienne jurisprudence elle s'est trouvée en collision avec un système d'actions possessoires, dont l'origine était germanique et dont les bases étaient toutes différentes; et cependant, comme il fallait, à nos aïeux, profiter de la science romaine, sans renier leurs institutions

(1) V. t. IV, p. 351 et 444.

Digitized by Google

barbares, on proclama l'identité des interdits et des actions possessoires. En signalant cette erreur capitale, qui s'est perpétuée d'école en école, et que l'on rencontre encore dans les livres d'auteurs contemporains, d'ailleurs justement estimés, nous avons indiqué quelles sont les différences fondamentales des interdits et des actions possessoires. Actuellement nous avons à nous occuper des transformations que subit la dénonciation de nouvel œuvre, pour arriver, chez nous, à être considérée comme une action possessoire.

Remontons à la Glose, et énumérons les principales erreurs qu'elle contient sur notre matière.

Les glossateurs établirent toute leur doctrine sur une distinction de trois espèces de dénonciation de nouvel œuvre : l'une, qui se faisait *verbis*, par simple opposition verbale et privée; la seconde, *lapilli ictu*, par une certaine formalité solennelle, qui consistait dans le jet d'une pierre ou dans l'acte d'arracher une pierre de l'édifice qu'on voulait empêcher; la troisième, *per prætorem*, de l'autorité du prêteur et d'après sa permission.

Or, c'était là une erreur grave et dont nous allons voir les conséquences. La loi 5, § 10, *Dig. de op. novi nunciat.*, en disant : *Melius esse eum* per prætorem *vel* per manum, *id est*, *lapilli ictum prohibere quam operis novi nunciatione*, indique clairement que les voies de droit désignées par les mots *per prætorem* et *per lapilli ictum*, diffèrent de la dénonciation de nouvel œuvre, et n'en sont point des espèces. Je crois avoir déjà démontré que cette loi, ainsi que plusieurs autres qui emploient les mêmes expressions, entend par le mot *per prætorem*, les interdits possessoires, et par *lapilli ictum*, l'interdit *quod vi aut clam*. Il n'y avait donc qu'une seule espèce de dénonciation de nouvel œuvre; elle se faisait toujours verbalement et n'avait pas besoin d'être autorisée : si quelquefois, comme nous l'a-

Digitized by Google

vons vu, on demandait l'autorisation du préteur, cela ne changeait que peu de choses aux effets de la dénonciation, et n'en constituait point une espèce particulière aussi distincte de celle non autorisée que l'ont voulu les glossateurs.

Cette fausse intelligence du *lapilli ictus* et du *per prætorem*, conduisit naturellement à appliquer à ces deux nouveaux modes de dénonciation, enfantés par l'imagination des docteurs, des règles qui avaient été tracées pour l'interdit *quod vi aut clam* et pour les interdits possessoires, parce que l'on trouva des textes appliquant ces règles à des cas de prohibition *per prætorem* et *per lapilli ictum*; et par suite on dut dès-lors restreindre à la dénonciation verbale les règles fondamentales de la matière, et c'est notamment ce que l'on fit pour ce principe, le plus essentiel de tous : *nunciando possessorem facimus adversarium.*

Ainsi se trouva créée une institution qui n'avait jamais existé dans la jurisprudence romaine : une dénonciation de nouvel œuvre faite par permission du prêteur et en son nom (1), ayant pour effet de conserver la possession au dénonçant, bien loin de la conférer à l'adversaire, et appartenant par là à la classe des actions possessoires.

Cela admis, il fut difficile de ne point considérer aussi la dénonciation verbale faite d'autorité privée comme étant également une voie possessoire, et on fut embarrassé de rendre compte du principe ci-dessus rapporté, d'expliquer pourquoi cette dénonciation conférait la possession à l'adversaire. La Glose en donna une raison pitoyable; sous le texte *nunciando possessorem facimus adversarium*, elle ajoute :

Et est verum si verbis facta fuit nunciatio : sed si per prætorem vel per jactum lapilli contrà erit, quia non

(1) Prætor assumit personam nunciantis, dit *la Glose ad* leg. 5, § 10, *hoc tit.*

Digitized by Google

facimus possessorem. Sed quare amitto cùm per verba nuncio? Respon. quia meticulosus videor et quasi sibi deserere; *secùs ubi audacior per jactum lapilli vel per prætorem* (1).

Une jurisprudence qui se piquait de quelque bon sens pratique, ne pouvait admettre un principe qu'elle ne trouvait plus fondé que sur une pareille argutie. Aussi voyons-nous Bouteiller intervertir la règle et établir même pour la dénonciation privée, que le dénonçant est *possessionnaire, qui est grande dignité en procès*, et depuis le principe *nunciando possessorem facimus adversarium* ne reparut plus dans la jurisprudence française.

Mais déjà ce principe, s'il n'avait point été complétement méconnu par la Glose, avait été du moins interprété par elle dans un sens qui ne lui laissait aucune efficacité. On voit en effet la Glose prendre cette possession que les textes confèrent au dénoncé pour la détention de l'ouvrage, pour la faculté de le continuer (2), tandis qu'elle signifiait uniquement le rôle favorable de défendeur dans l'instance au fond. Et comme en interprétant ainsi cette possession, la Glose concluait tout naturellement qu'elle n'était acquise au dénoncé qu'au moyen de la satisdation, et non de plein droit par le fait seul de la dénonciation, il devenait facile de ranger la dénonciation même verbale au nombre des voies possessoires, au moins en ce sens qu'elle assurait au dénonçant la possession du droit d'empêcher les travaux jusqu'à ce qu'on lui donnât caution.

C'est ainsi que l'institution romaine de la dénonciation de nouvel œuvre se trouva complétement dénaturée par les glossateurs : lorsque nos vieux praticiens voulurent l'emprunter au droit romain, ils la prirent telle que les glossateurs l'avaient faite.

(1) Glose, ad l. I, § 6, *hoc tit.*

(2) Glose, ad leg. 1, *princip. Dig., hoc tit.*

Digitized by Google

Mais bientôt il fut généralement reconnu que la dénonciation faite de l'autorité de magistrat était la seule qui pût être reçue en France : Charondas l'atteste en ses notes sur Bouteiller (1).

Dès lors, en suivant les règles posées par les glossateurs pour la dénonciation *per prætorem*, il dut passer pour incontestable que la dénonciation de nouvel œuvre était une action possessoire. Mais en fit-on une action possessoire d'une espèce particulière, soumise à des règles et à des conditions toutes spéciales? C'est ce qui peut être sérieusement contesté.

Nos plus anciens auteurs posent en principe que la pratique française ne connaît que deux actions possessoires, la complainte en cas de saisine et nouvelleté, et la réintégrande : ils ne présentent point la dénonciation de nouvel œuvre comme formant une troisième espèce d'action possessoire.

C'est que dans leur esprit, la dénonciation était comprise dans la complainte; elle n'était qu'un sous-genre de l'action possessoire qu'ils appelaient complainte; et il est facile de concevoir qu'il dut en être ainsi, car la construction du nouvel œuvre était un fait constituant *nouvelleté*, ce *trouble à saisine*, qui donnait ouverture à la complainte. Aussi bien trouvons-nous dans nos vieux auteurs, dans Charondas (2) et dans Masver notamment, les règles de la dénonciation de nouvel œuvre et celles de la complainte confondues comme ne formant qu'une seule et même doctrine.

Et de même dans nos auteurs provençaux, les mêmes actions se retrouvent encore confondues sous une seule et même dénomination, et sous des règles identiques, quoique la pratique provençale leur eût donné un nom différent de

(1) Somme rurale, liv. II, tit. 32, annotation 1re.

(2) Pandectes françaises, liv. IV, ch. 26.

Digitized by Google

celui adopté par les praticiens du nord de la France. Bonnel, en son Recueil d'arrêts, sur la compétence des juges, (tit. v), traite de l'action possessoire, qu'au parlement de Provence on appelait *statut de querelle*, et il enseigne, appuyé sur des décisions de cette cour souveraine, que le statut de querelle correspond exactement à la complainte, en cas de saisine et nouvelleté, et aussi à la dénonciation de nouvel œuvre et à l'interdit *quod vi aut clam*; il distingue ensuite le statut de querelle *au premier chef* qui tend à suspension, et le statut de querelle *au second chef* qui tend à démolition des travaux entrepris ou achevés.

On ne peut donc, dans notre ancienne jurisprudence, considérer la dénonciation de nouvel œuvre que comme une véritable complainte; et lorsqu'on la voit mise en parallèle avec la complainte, il faut entendre ce mot *complainte* en un sens plus restreint, et admettre qu'ici, comme en bien d'autres doctrines de droit, le même mot est employé en deux sens, d'abord pour désigner un genre, puis pour caractériser une espèce de ce genre.

Recherchons donc quelles différences étaient établies dans l'ancienne jurisprudence entre la dénonciation de nouvel œuvre et la complainte *sensu stricto*.

Les points par lesquels ces actions diffèrent ne sont nulle part présentés d'une manière précise et complète. Ce qu'on peut voir de plus certain et de plus uniforme dans les auteurs anciens, c'est que l'on se sert assez généralement de la dénomination de *dénonciation de nouvel œuvre*, ou même de *complainte en dénonciation de nouvel œuvre*, lorsque la nouvelleté consiste dans l'édification ou la démolition d'un ouvrage, dans ce que les Romains appelaient *opus solo conjunctum*, et que l'action possessoire dirigée contre tout trouble d'un autre genre, est toujours appelée *complainte*.

Or, c'est là une différence absolument insignifiante, et si elle était la seule, elle ne servirait qu'à embrouiller la doctrine sans pouvoir conduire à aucun résultat pratique;

Digitized by Google

qu'importera en effet que le trouble résulte d'un fait de tel genre ou de tel autre genre, si le moyen de répression est également efficace, soumis aux mêmes règles de droit et mené à fin par la même procédure ? Ne nous arrêtons pas à cette distinction stérile; et pour comparer utilement la dénonciation de nouvel œuvre et la complainte, prenons pour exemple de complainte celle que les auteurs accordent dans des cas où la nouvelleté consiste précisément dans la construction d'un ouvrage.

D'après Bouteiller, Charondas, Papon, etc. (1), la dénonciation est admise tant que le nouvel œuvre n'est point achevé, et il y a lieu à complainte lorsqu'il est terminé.

A cette distinction se rattache celle-ci, que la dénonciation ne tend qu'à la suspension des travaux, tandis que la complainte tend à leur démolition.

Et encore cette autre, que la permission de continuer les travaux en donnant caution peut être accordée sur la dénonciation, et ne peut l'être sur la complainte.

Tout cela est puisé dans le droit romain ; et, en effet, dans le droit romain, lorsque la dénonciation n'était que le prélude d'une action pétitoire, tout cela était parfaitement raisonnable. Mais des distinctions de ce genre deviennent un non-sens sitôt que l'on veut faire de la dénonciation de nouvel œuvre une action possessoire.

Qu'importe, en effet, si l'ouvrage est un trouble à une possession, et si c'est par voie possessoire que je l'attaque, qu'il soit commencé seulement ou bien terminé ? Dans l'un et l'autre cas, l'admission d'une action possessoire devrait également avoir pour résultat de faire cesser le trouble, et de le faire cesser complétement par la destruction de l'ouvrage. Quelle raison de n'accorder que la suspension du nouvel œuvre non achevé, lorsqu'en attendant qu'il fût

(1) Bouteiller, Somme rurale, liv. II, tit. 32; Charondas, Pand. franç., liv. IV, ch. 26; Papon, liv. VIII, tit. 4, nos 8 et 9.

Digitized by Google

terminé on pourrait en obtenir la démolition? Sitôt qu'on veut considérer la dénonciation de nouvel œuvre comme une action possessoire, il faudrait pour être conséquent lui attribuer pour effet de forcer la démolition des travaux et non point seulement leur suspension, et rejeter complétement la faculté de les continuer en donnant caution; car sans cela on a une action possessoire qui est impuissante à faire cesser le trouble apporté à la possession.

D'autres auteurs, Bouchel par exemple, en sa Bibliothèque du droit français, v° Dénonciation de nouvel œuvre, font consister la différence entre la complainte et la dénonciation de nouvel œuvre, en ce que la complainte aurait lieu quand le nouvel œuvre est fait sur le fonds de celui qui se plaint, tandis que la dénonciation de nouvel œuvre s'intenterait contre celui qui fait un nouvel œuvre chez lui (1).

Observons en passant que ceci s'écarte du droit romain; car nous avons démontré que la dénonciation de nouvel œuvre y était usitée également contre les ouvrages construits dans le fonds du dénoncé et contre ceux construits sur celui du dénonçant.

Il faut reconnaître qu'à cette distinction, tracée par Bouchel, se rattachent bien plus naturellement les autres différences admises par la pratique française entre la complainte et la dénonciation. Ainsi, l'on conçoit aisément qu'il y a quelque raison d'accorder la destruction d'un ouvrage élevé sur le fonds possédé par le plaignant, et de n'accorder que la suspension de travaux que le dénoncé élève chez lui; ainsi, il paraît encore assez juste d'accorder, à celui qui bâtit chez lui, la permission de lever l'opposition de son voisin en lui donnant caution.

Mais ne nous arrêtons pas à cette apparence superficielle d'équité, et voyons au fond ce que peut être cette dénon-

(1) Cette doctrine a été reproduite par Henrion de Pansey, Compét. des Juges de paix, ch. 38, p. 343; et par M. Pardessus, Traité des Servitudes, p. 497.

Digitized by Google

ciation contre un nouvel œuvre construit par un voisin, sur son propre fonds.

Puisqu'on a fait de la dénonciation de nouvel œuvre une action possessoire, il faut nécessairement qu'elle se fonde sur une possession. Or, où sera cette possession lorsqu'on dénonce un nouvel œuvre construit sur un fonds que l'on ne possède pas.

Si le nouvel œuvre porte atteinte à la possession que l'on aurait d'une servitude sur le fonds dans lequel il est construit, je conçois qu'une action possessoire soit admissible : il y a trouble à la possession de la servitude.

S'il porte atteinte à l'un de ces droits du voisinage que notre Code appelle servitudes naturelles et légales, je conçois encore qu'il y ait lieu à une action possessoire, parce qu'il y a trouble indirect à la possession du fonds, par le trouble apporté à l'exercice d'un droit qui est un accessoire attaché par la loi à ce fonds.

Mais ce que je ne conçois pas, c'est la différence qu'on veut établir entre l'action possessoire accordée dans ces deux cas, et celle qui est admise contre un ouvrage fait sur le fonds même possédé par le plaignant. Pourquoi, en effet, créer des règles spéciales pour le cas où un nouvel œuvre vient troubler la possession d'une servitude légale, naturelle ou conventionnelle, au lieu d'appliquer tout simplement celles qui régissent le cas de trouble direct à la possession du fonds? Dans un cas comme dans l'autre, il y a trouble à possession, et par suite l'action possessoire devrait être une vraie complainte et tendre à la répression complète du trouble.

Et si l'on sort de l'hypothèse d'un trouble à une servitude, soit conventionnelle, soit naturelle ou légale, on ne pourra trouver une base raisonnable à une action possessoire contre un nouvel œuvre construit par un voisin, chez lui-même ; car on manquera de la cause première de toute action possessoire, c'est-à-dire d'une possession troublée.

Digitized by Google

Où sera, en effet, le trouble à ma possession, si le nouvel œuvre dont je me plains n'est pas construit sur le fonds que je possède et ne porte atteinte à aucun des droits de ce fonds.

Les anciens auteurs, égarés sans doute par les textes du droit romain, qui n'exigeaient point de trouble à la possession pour admettre la dénonciation de nouvel œuvre, ne se sont point montrés aussi rigoureux sur ce point, qu'ils auraient dû l'être logiquement après avoir rangé la dénonciation au nombre des actions possessoires. Ils se contentent ordinairement, pour toute condition d'admissibilité de cette action possessoire, du préjudice causé par le nouvel œuvre au fonds que le dénonçant possède, préjudice qui peut très-souvent n'être nullement un trouble à la possession du dénonçant, et n'être, au contraire, qu'un légitime usage du droit de propriété du construisant. C'est ainsi que Bouteillier nous dit :

Dénonciation a lieu si tost que aucun faict ou faict faire nouvel œuvre au préjudice de aultre : celuy qui sent que c'est en son préjudice le peut défendre.

Cette doctrine est irrationnelle, en ce qu'elle admet une action possessoire sans exiger comme condition indispensable qu'il y ait eu trouble à possession.

On a voulu, plus tard, la justifier en disant que le nouvel œuvre, sitôt qu'il cause un préjudice, constitue une atteinte à la possession où l'on est de ne souffrir aucun dommage de son voisin (1). On a ainsi érigé en possession l'état de choses auquel le nouvel œuvre innove.

Mais c'est là une pure fiction directement contraire aux principes élémentaires du droit de propriété et à la nature même de la possession. Car d'abord il est de règle générale que le droit de propriété comporte le pouvoir de faire chez soi tout ce que l'on veut, de changer comme l'on

(1) Merlin, Répertoire, v° Dénonciation de nouvel œuvre, n° 6.

Digitized by Google

veut la forme de son fonds, tant qu'on n'en est pas empêché par une loi générale ou par une servitude particulière; et cette faculté de construire chez soi ne s'arrête point devant le préjudice qui peut en résulter pour un voisin. Dès-lors comment admettre que tout voisin, sitôt qu'il craint un préjudice, puisse se dire en possession d'empêcher les innovations que son voisin fait chez lui? et ensuite la nature même de la possession répugne, comme nous l'avons dit, à la doctrine de cette prétendue possession de *l'état des choses* : car la possession est une chose de fait, un fait positif, patent, durable et continu; or le droit d'empêcher qui ne se révèle par rien d'apparent, qui ne peut, de sa nature, s'exercer que passagèrement par un fait momentané d'opposition, est de sa nature insusceptible de possession. De ce que mon voisin n'a point encore bâti ni creusé chez lui, il ne peut s'ensuivre que je sois en possession de l'empêcher de bâtir ou de creuser. L'opinion qui admet une pareille possession est contraire à la nature des choses, comme l'enseigne M. de Savigny (1), parce qu'elle constitue chaque propriétaire en possession d'un nombre infini de servitudes sur chaque fonds voisin.

Ainsi donc, dans l'ancienne jurisprudence, la doctrine qui accordait la dénonciation de nouvel œuvre avec force d'action possessoire pour arrêter la construction qu'un voisin élevait chez lui, était loin d'être conforme aux saines notions du droit.

Cependant il ne paraît point, il faut en convenir, qu'elle ait conduit à de grandes injustices en pratique.

La possession accordée au dénonçant lui conférait deux avantages : la suspension provisoire des travaux, le rôle de défendeur qui lui était assuré dans l'instance au pétitoire.

Or le premier de ces avantages n'était point très-préjudiciable au dénoncé; car en donnant caution il obtenait la

(1) Das Recht des Besitzes, p. 552.

Digitized by Google

permission de continuer les travaux; et quant au second, on peut dire qu'il était de peu d'importance, car la question de savoir à qui incombe l'*onus probandi* a toujours été de bien moindre considération dans la jurisprudence française qu'elle ne l'était en droit romain, nos juges étant habitués à chercher assez indistinctement dans les dires de l'une et de l'autre partie les élémens de solution des procès.

A. D'HAUTHUILLE,
docteur en droit.

DES CARACTÈRES DISTINCTIFS DU LOUAGE D'OUVRAGE ET DU MANDAT SALARIÉ (1).

J'ai défini le louage en général, un contrat par lequel une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose, ou de son travail, pendant un certain temps et moyennant un prix que celle-ci s'oblige à payer (2).

Les termes de cette définition comprennent le louage des choses et le louage d'industrie ou d'ouvrage. Ils montrent que, dans l'un et dans l'autre, les obligations des parties sont les mêmes, qu'il n'y a de différence que dans l'objet auquel elles s'appliquent; ils sont d'ailleurs en harmonie parfaite avec le texte de la loi, et avec la doctrine des auteurs.

Mais j'ai dit que l'espèce particulière des travaux, ou des soins que le locataire s'oblige à faire ou à donner, ne modifie point la nature du contrat; qu'il y a également louage d'ouvrage, soit qu'il s'agisse d'opérations qu'exécutent les forces physiques de l'homme; soit que les actes qui forment l'objet du contrat, exigent le concours des facultés les plus élevées de l'esprit. J'ai repoussé la doctrine qui voit deux contrats divers dans deux conventions qui, ayant les mêmes élémens essentiels, ne diffèrent qu'en ce que l'une impose l'obligation d'exécuter un travail mécanique, et l'autre, d'accomplir une œuvre intellectuelle (3). Ma raison n'a pu se plier à l'idée que dans un cas il y a louage d'ouvrage et dans l'autre mandat. En cela, il est vrai, mon sentiment s'écarte de l'opinion

(1) Notre honorable confrère et collaborateur Duvergier a bien voulu nous communiquer ce fragment, extrait du quatrième volume de la continuation de Toullier encore inédit (*Traité du louage*). Il aborde dans ce travail une théorie fort délicate, et expose un système nouveau, qui mérite une sérieuse attention.

(Note du Directeur.)

(2) Tome XVIII (3e de ma Continuation), n° 3.

(3) Tom XVIII (3e de ma Continuatio n), n° 76.

Digitized by Google

depuis long-temps accréditée parmi les jurisconsultes. Les plus illustres, je le sais, ont adopté le système que je combats; mais j'espère montrer que la lettre et l'intention de la loi, l'expérience des faits et les notions d'économie sociale repoussent également la théorie qui a été jusqu'à ce jour généralement tenue pour vraie, et qu'elles justifient celle que je veux lui substituer.

Il y a, je n'ai point à le dissimuler, dans le louage d'ouvrage et dans le mandat, ceci de semblable et de commun, que le locateur (1) et le mandataire s'obligent à faire une chose, l'un pour le locataire (2), l'autre pour le mandant. A toutes les époques la législation a nécessairement dû tenir compte de ce fait, le constater dans les définitions, et en admettre les conséquences dans les dispositions qui déterminent les droits et règlent les obligations des contractans.

Quotiès FACIENDUM *aliquid datur, locatio est*, dit la loi romaine (3); et les interprètes définissent le mandat : *contractus quo aliquid* GERENDUM *committitur et suscipitur* (4).

Le louage d'ouvrage est, aux termes de l'article 1710 du Code civil, «un contrat par lequel l'une des parties s'engage *à faire quelque chose* pour l'autre».

Et le mandat est défini par l'article 1984 «un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir *de faire quelque chose* pour le mandant et en son nom».

On voit par ces citations quel est l'élément commun aux deux contrats.

Pour empêcher qu'ils ne se confondissent, il y avait nécessité de montrer les caractères particuliers propres à chacun, d'indiquer les conditions constitutives de leur individualité. Le droit romain a présenté comme un trait distinctif, l'existence du prix dans le louage, et l'absence de prix dans le mandat. On a si bien cru que c'était là la principale et même l'unique différence entre les deux contrats, qu'on n'a pas hésité à dire que la stipulation d'un prix en faveur du mandataire convertissait le mandat en louage d'ouvrage : *Mandatum, nisi gratuitum, nullum est; nam originem ex officio atque amicitiâ trahit. Contrarium ergò est officio merces, interveniente enim pecuniâ, res ad locationem et conductionem potiùs respicit* (5).

In summâ sciendum est mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere. Nam mercede constitutâ, incipit locatio et con-

(1 et 2) Il ne faut pas se méprendre sur le sens des mots *locateur* et *locataire*; j'ai démontré que dans le louage d'ouvrage le *locateur* est celui qui s'oblige à exécuter le travail, et que, par conséquent, le locataire est celui pour qui le travail est fait; tome XVIII (3e de ma Continuation), n° 5.

(3) *L.* 1, 22, § 1, ff. *loc. cond.*

(4) Vinnius *ad inst.*, *lib.* 3, *tit.* 27, *Præm.*

(5) *L.* 1, § 4, ff. *mand.*

Digitized by Google

ductio esse. Et (ut generaliter dicamus), quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati sive depositi contrahitur negotium, iis casibus interveniente mercede, locatio et conductio intelligitur contrahi (1).

Mais déjà même, à l'époque où cette doctrine se formait, les faits lui donnaient de rudes et nombreux démentis. Tous les jours, les mandataires stipulaient et les mandans accordaient un prix pour le travail exécuté, pour la mission accomplie; et cependant on sentait que le contrat n'était pas dénaturé, que le mandat n'était pas changé en louage. Alors, et pour concilier les faits avec la théorie, on imagina une distinction; on prétendit qu'il ne fallait point confondre la somme qui serait promise à un mandataire, comme l'équivalent de son travail, et celle qui lui serait donnée pour récompenser et honorer ses services; que la première était un véritable prix, *merces*, et la seconde un *honoraire* ou *salaire*, *honorarium*, *salarium* (2); qu'en conséquence, l'une donnait au contrat le caractère et les effets d'un louage d'ouvrage, et que l'autre laissait subsister le mandat. *Si remunerandi gratiâ honor intervenit*, dit Ulpien, *erit mandati actio* (3).

Mais on comprend combien il est difficile d'apprécier si la rétribution comparée au travail est un honoraire ou un prix, l'expression de la reconnaissance ou le paiement d'une dette. Les interprètes l'ont senti, et ils ont adopté une autre voie pour parvenir à la solution de la question. Au lieu de considérer principalement le rapport de valeur entre l'ouvrage et la somme promise, ils se sont attachés à la nature des travaux et des professions; ils ont distingué entre les arts mécaniques et les arts libéraux, entre les opérations de la main et les opérations de l'esprit. Il leur a paru que les œuvres auxquelles l'intelligence a la plus grande part sont trop nobles et trop relevées pour qu'on puisse les apprécier en argent; en conséquence, ils ont décidé que la rétribution offerte à ceux qui les exécutent ne saurait être considérée comme un prix; qu'elle a le caractère d'un honoraire. D'où il suit que les contrats qui ont pour objet des travaux dépendant des professions libérales conservent toute la dignité, toute l'excellence du *mandat;* tandis que les conventions relatives à la confection

(1) *Inst.*, *lib.* 3, *tit.* 27, § 13.

(2) Ces deux mots ont changé d'acception; dans les lois romaines ils étaient synonymes, maintenant ils expriment des idées différentes et même opposées. Par *honoraires*, on désigne la rétribution des travaux des professions les plus élevées, et par *salaires*, le prix du louage des domestiques et des gens de travail (Cod. civ. 1781, 2101, n° 4 et 2271). Pour se convaincre que les expressions *honorarium* et *salarium* étaient employées indifféremment et dans le même sens, on peut consulter les lois 1, ff. *si mensor falsum mod. dix. in princip.*, l. 1, ff. *extraord. cogn.*, §§ 10 et 12. L. 7, l. 55, § 3, ff. *mand. vel contrà*, l. 1 et 17, *Cod. mand.* V. la Glose *ad leg.* 7 ff. *mand.*

(3) L. 6, *prin.* ff. *mand. vel contrà.*

Digitized by Google

d'ouvrages qu'on exécute par les procédés des arts mécaniques, admettant un prix, se trouvent par là classées dans un ordre inférieur, et réduites à l'humble condition de *louage d'ouvrage*.

A l'appui de mon assertion, je pourrais ici multiplier les citations et transcrire des fragmens d'une foule d'auteurs; je me bornerai à citer deux passages, l'un de Vinnius, l'autre de Pothier, remarquables par la netteté et la franchise des propositions (1).

Vinnius, après avoir dit que le mandat est gratuit, parce qu'il prend sa source dans l'obligeance et l'amitié, et que le paiement d'un prix serait contraire à ces deux sentimens, ajoute (2) : *Enim verò gratiam referre amicitiæ bene convenit, gratuitamque operam remunerare. Quâ de causâ mandatum esse non desinit, si remunerandi causâ honor intervenerit. L.* 6 ff. *pr. mand. ubi jurisconsultus figuratè honorem appellat pecuniam remunerandi sive honorandi causâ datam promissamve. Passim honorarium et salarium nominatur..... Et à mercede hoc differt, quòd merces ferè analoga sit operæ, seu ita constituatur ut æstimationi operæ proportione respondeat; honorarium autem est voluntaria operæ gratis præstitæ remuneratio. Etsi verò honorarii sive salarii constitutio mandatum non vitiat nec impedit quominus mandati actio sit de iis omnibus, quæ mandati judicio peti potuissent, si salarium non intervenisset, d. l.* 6 *in pr., de ipso tamen salario, mandati actio non est, sed extra ordinem peti solet.*

La distinction ainsi faite entre le prix et l'honoraire, Vinnius explique le paragraphe des Institutes où il est dit que la stipulation d'un prix convertit le mandat en louage d'ouvrage. Cela a lieu, dit-il, pourvu que le fait puisse être l'objet d'un louage, tels sont les ouvrages mécaniques. Quant aux œuvres libérales, il n'est pas possible de les apprécier en argent; en conséquence c'est toujours un honoraire qui est donné à ceux qui les exécutent. *Modò tale factum sit, quod locari soleat: qualia ferè sunt, quæ mercede eaque proportionata facto æstimantur, ut operæ mechanicæ. Nam operas liberales pretiò nummario æstimari indignum est, ideòque nec cum iis qui ingenio, patrocinio, fide, consilio operam impendunt crediderunt veteres locationem et conductionem esse. Et quid quid hic vel datum vel constitutum est, non merces sed honorarium dicitur; de quo extra ordinem cognoscit prætor.*

On retrouve les mêmes idées exprimées dans Pothier (3). « Il est de l'essence du mandat qu'il soit gratuit, c'est-à-dire que le mandataire se charge, par un pur office d'amitié, de l'affaire qui fait la matière du

(1) V. Voët, *ad lib.* 17, *tit.* 1, n° 2. Heineccius *Récit., lib.* 3, *tit.* 25, § 16. Cujac. *Comment, in lib. III. Resp. Pap. ad leg* 7, *mand.*

(2) *Ad Inst. lib.* 3, *cap.* 27, § 13.

(3) Du mandat, n° 22 et suiv.

Digitized by Google

mandat, et que le mandant ne s'oblige point à lui payer une somme d'argent, ou quelque autre chose qui soit le prix de la gestion de cette affaire : autrement, le contrat n'est pas un contrat de mandat; c'est une autre espèce de contrat, c'est un contrat de louage, c'est *locatio operarum.* C'est ce que nous apprend Paul, *l.* 1, § 4, ff. *mand.* Néanmoins si pour vous témoigner ma reconnaissance du service que vous me rendez, en voulant bien vous charger de l'affaire qui fait l'objet du mandat, je vous ai promis par le contrat de vous donner quelque chose, soit une somme d'argent ou quelque autre chose, le contrat ne laissera pas d'être un contrat de mandat, pourvu que ce qui est promis ne soit pas le prix du service que le mandataire se charge de rendre, ce service n'étant pas quelque chose d'appréciable ; ce qui est promis de cette manière s'appelle *honoraire*, et en latin *honor, honorarium, salarium.*

» La chose se comprendra mieux par un exemple : Je vais trouver un célèbre avocat pour le prier de se charger de la défense de ma cause; il me dit qu'il veut bien s'en charger. Je l'en remercie, et je lui dis que, pour lui donner une faible marque de ma reconnaissance, je lui donnerai le *Thesaurus* de Meerman, qui manque à sa bibliothèque. Il me répond qu'il accepte volontiers un présent que je lui offre de si bonne grâce. Quoique je promette à cet avocat le *Thesaurus* de Meerman, le contrat qui intervient entre nous n'en est pas moins un contrat de mandat, parce que ce que je lui promets n'est pas le prix de la défense de ma cause dont il se charge; cette défense de ma cause, dont il se charge, étant quelque chose qui n'est pas appréciable, le mandat ne laisse pas d'être gratuit, parce que cet avocat n'exige rien pour se charger de l'affaire qui en est l'objet; la promesse que je lui fais de ce *Thesaurus*, qu'il accepte, est une convention qui, quoiqu'elle intervienne en même temps que le contrat de mandat, n'en fait pas néanmoins partie et lui est étrangère ; c'est pour cette raison que, par le droit romain, l'honoraire qui a été promis au mandataire ne peut être par lui demandé que *per persecutionem extraordinariam :* il ne peut pas le demander par l'action *mandati*, parce que la promesse qui lui en a été faite n'est pas censée faire partie du contrat de mandat. »

Tout en reproduisant la doctrine que c'est la gratuité qui distingue le mandat, du louage; que le prix change en louage le mandat ; tout en répétant avec ses devanciers que l'honoraire et le prix sont choses fort différentes, Pothier sentait le vice de ce système, et on le voit, au moyen d'un innocent artifice, qui lui faisait sans doute illusion à lui tout le premier, expliquer sa théorie par un exemple dans lequel c'est, en effet, un cadeau bien plutôt qu'un prix qui est offert en échange d'un travail. Il est évident que la thèse serait plus difficile à soutenir, si, au lieu du *Thesaurus* de Meerman, le client offrait et l'avocat acceptait cinquante louis.

Digitized by Google

On comprend qu'en se plaçant dans cette dernière supposition, on a beau employer certaines expressions à la place d'autres, les choses restent ce qu'elles sont. Il y a travail d'un côté, de l'autre paiement d'une somme que les contractans considèrent comme l'équivalent du travail; par conséquent, le contrat cesse d'être gratuit, et cependant on persiste à y voir un mandat.

Pothier poursuit (1): « Il y a cependant certains services pour lesquels, quoiqu'ils dépendent d'une profession libérale et qu'en conséquence ils appartiennent au contrat de louage, ceux qui les ont rendus sont reçus en justice à en demander la récompense ordinaire: tels sont les services que rendent, dans leur profession, les médecins, les grammairiens, les maîtres de philosophie ou de mathématiques, etc. L'action qu'ont ces personnes pour demander une récompense de ces services n'est pas *actio ex locato*, c'est *persecutio extraordinaria;* car cette récompense n'est pas un loyer; ce n'est pas le prix de leurs services, qui sont inestimables de leur nature; elle se règle sur ce qu'il est d'usage le plus communément de donner pour ces services dans le lieu où ces personnes exercent leur profession. Cette action est fondée sur ce qu'il est de la justice et de l'intérêt public que les personnes qui se dévouent à ces professions trouvent, dans l'exercice qu'elles en font, de quoi subvenir à leurs besoins, et de quoi élever leur famille. C'est pourquoi, lorsqu'il se trouve des gens assez ingrats pour leur refuser la récompense ordinaire, la justice vient à leur secours et leur donne une action pour l'exiger.

» Observez une différence entre ces récompenses et le loyer d'un service appréciable. Lorsque j'ai payé ce loyer, je suis entièrement quitte envers celui qui me l'a rendu, je ne lui dois ni remercîmens ni reconnaissance. Mais, quoique j'aie payé la récompense qui est due par l'usage, pour des services qui dépendent d'une profession libérale, tels que sont ceux d'un médecin, cette récompense que j'ai payée, n'étant pas le prix de ses services qui sont inestimables, ne m'acquitte pas, envers celui qui me les a rendus, de la reconnaissance que je lui dois pour ses services.

» On peut aussi quelquefois devoir de la reconnaissance à des personnes qui nous ont rendu des services appréciables à prix d'argent, dont nous avons payé le loyer, tels sont ceux qui nous ont été rendus par des domestiques ou des serviteurs qui ont été long-temps à notre service. Mais la reconnaissance qui est due à ces personnes ne leur est pas tant due pour leurs services que pour l'affection avec laquelle ils nous les ont rendus, et pour l'attachement qu'ils ont témoigné avoir pour notre personne; au lieu que la reconnaissance que je dois à un médecin, ou

(1) Du mandat, n° 26.

Digitized by Google

autre semblable personne, est due pour leurs services considérés en eux-mêmes, *in se*, lesquels ne peuvent pas être censés payés par la récompense ordinaire que j'ai donnée à celui qui me les a rendus; cette récompense n'étant pas le prix de ses services qui sont, de leur nature, quelque chose d'inestimable. »

Tel était l'état de l'opinion lorsque le Code civil est survenu.

A-t-il modifié d'une manière directe et positive la théorie existante?

Il semble que l'affirmative est incontestable, puisque l'article 1986 dit expressément : « Le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire. » N'est-ce pas, en effet, déclarer que l'idée d'un prix, d'un véritable prix, peut se concilier avec la nature du mandat; que le contrat ne cesse pas d'être un mandat, parce qu'il cesse d'être gratuit?

Cependant les jurisconsultes ont continué à enseigner que le mandat devient louage d'ouvrage, lorsqu'un prix est stipulé; et pour ne pas qualifier louage certaines conventions auxquelles on n'était pas habitué à donner ce nom, ils ont reproduit la distinction entre le prix et l'honoraire.

Ecoutons M. Merlin :

« Le mandat est gratuit, dit-il (1); oui, mais il ne l'est pas essentiellement; il est gratuit, dit l'art. 1986 du Code Napoléon, s'il n'y a convention contraire; et s'il peut n'être pas gratuit par l'effet d'une convention contraire, il peut certainement aussi ne l'être pas par l'effet d'une loi qui donne au mandataire une action pour se faire payer son travail. On sent même que, dans ce cas, le prix du travail du mandataire lui est dû par l'effet d'une convention tacite; car employer le travail d'un homme à qui la loi donne une action pour s'en faire payer le prix, c'est bien s'obliger à le lui payer.

» Sans doute il est des espèces de travaux qui, par cela seul qu'ils sont ou doivent être payés, soit d'après une convention expresse, soit d'après une convention tacite, font dégénérer le mandat en vertu duquel ils sont faits, en contrat de louage. Ainsi, ce n'est point comme mandataire, c'est comme *locator operarum*, qu'un maçon construit ou répare la maison que je l'ai chargé de construire ou de réparer; ce n'est pas comme mandataire, c'est comme *locator operarum*, qu'un voiturier transporte les marchandises ou les effets que je lui ai confiés; et il n'importe que j'aie ou que je n'aie pas, par une convention préalable, réglé avec l'un le prix de son travail, avec l'autre le prix de sa voiture; car, à défaut de convention, l'usage est là pour déterminer ce que je dois à l'un et à l'autre.

» Mais il est des travaux qui, bien que salariés, ne font pas perdre, à

(1) Répertoire, *verbo* Notaire, § VI, n° 4.

Digitized by Google

celui qui les fait pour autrui, la qualité de mandataire. Ainsi, ce n'est point comme *locator operarum*, c'est comme mandataire, qu'un maître de langue ou de musique donne des leçons à ses élèves, qu'un avocat fait un mémoire ou une consultation, qu'un géomètre arpente un champ, un pré, ou un bois.

» Comment donc distinguer les travaux dont le prix est compatible avec l'essence du mandat, d'avec les travaux qui se font en vertu du contrat de louage? Par la nature même de ces travaux, ou plutôt de l'art dont ils dépendent.

» Dépendent-ils d'un acte mécanique; il y a contrat de louage entre celui qui les commande et celui qui les fait.

» Dépendent-ils d'un acte libéral; celui qui les commande et celui qui les fait ne sont liés l'un envers l'autre que par un contrat de mandat. »

Je trouve les mêmes principes reproduits et développés dans un ouvrage qui, à mes yeux, a une grande autorité (1).

» L'engagement de faire pour un autre, y est-il dit, même moyennant un salaire, n'étant pas un louage d'ouvrage lorsqu'il concerne l'exercice d'un art libéral, ne peut rentrer ni dans la classe des marchés ni dans toute autre espèce de louage. Ainsi, l'art. 69, § 3 nº 1, de la loi du 22 frimaire an 7, ne sera point applicable aux conventions de cette espèce. Les travaux des arts mécaniques produisent seuls des objets mobiliers susceptibles d'estimation . . . . . .
Ce contrat sera un mandat, et comme tel, tarifé au droit fixe de 2 fr., par l'art. 43, nº 17, de la loi du 28 avril 1816. . . . . .
. . . . . .

» Les arts libéraux sont ceux où l'esprit a la principale part; les arts mécaniques sont ceux où l'on travaille plus de la main que de l'esprit. La profession d'avocat est, dans ce sens, une profession libérale; la promesse d'une somme, en récompense des travaux, soit de plaidoirie, soit de jurisprudence, n'enlève pas aux conventions qui concernent l'emploi des connaissances du jurisconsulte, le caractère de mandat.

» Les notaires sont aussi des mandataires. Dans une espèce où trois notaires avaient été chargés, par plusieurs héritiers, de procéder à la liquidation d'une succession, le caractère du contrat qui intervient entre le notaire et ceux qui ont besoin de ses fonctions, fut examiné par M. Merlin. Un arrêt de la Cour de Paris, du 18 juillet 1809, avait refusé la solidarité contre les héritiers. Cet arrêt fut déféré à la Cour de cassation. Les défendeurs soutenaient qu'il y avait eu contrat de louage, puisque les notaires avaient été chargés de faire une chose pour une autre, moyennant un prix. Ils refusaient à la convention le caractère du mandat,

(1) Traité des droits d'enregistrement, par MM. Championnière et Rigaud, tom. 2. page 443.

Digitized by Google

par le motif qu'elle n'était pas gratuite. M. Merlin établit les principes qui précèdent (1). La Cour, par arrêt du 27 janvier 1812 (2), jugea qu'en chargeant Me Anjubault de faire le travail de cette liquidation, les héritiers Marguerite avaient contracté envers lui les *engagemens du mandant envers le mandataire*, et par suite fit application de l'art. 2,002 du C. civ.

» Les avoués et les huissiers sont aussi des mandataires ; c'est *le mandatum ad lites* qui intervient. « Les salaires des procureurs, dit Pothier, du Mandat, no 125, ne doivent pas être regardés comme un loyer de services appréciables à prix d'argent, mais comme une rémunération qui tient de la nature de celles qu'ont droit d'exiger ceux qui exercent des arts libéraux, pour les services qu'ils rendent dans leur profession. »

. . . . . .

» Tous les travaux compris sous la dénomination générique de productions de l'esprit, appartiennent essentiellement aux arts libéraux ; tels sont les découvertes de l'industrie, les ouvrages de littérature, de sciences et de beaux-arts. Les soins donnés par un médecin, les enseignemens d'un professeur, les écrits sur l'histoire, la géographie, les mathématiques, ne peuvent pas être l'objet d'un marché. C'est donc contrairement aux principes que *le Dictionnaire de l'enregistrement*, vo Loyer, no 11, qualifie de louage d'ouvrage l'acte par lequel un particulier s'oblige à payer, pendant dix ans, 1,300 fr. d'honoraires, par année, pour l'éducation de son fils. Les conventions passées entre les communes et des instituteurs ne sont également que des mandats passibles seulement du droit fixe.

» La peinture, la gravure, la sculpture et les autres arts du dessin, appartiennent incontestablement aux arts libéraux.... M. Merlin range aussi parmi les mandataires, les maîtres de musique.

» Une décision ministérielle du 10 septembre 1817, a fait percevoir le droit de marché sur un traité passé pour l'arpentage d'une commune, entre un géomètre entrepreneur du cadastre et ses collaborateurs. Nous avons vu M. Merlin décider au contraire qu'un géomètre qui s'engage à arpenter un champ, un pré, un bois, souscrit un mandat. Cette doctrine est justifiée par le texte précis de la loi 1, ff. *si mensor falsum-non crediderunt veteres inter talem personam locationem et conductionem esse; sed magis operam beneficii loco præberi, et id quod datur ei, ad remunerandum dari et inde honorarium appellari.*

» Nous avons transcrit cette loi pour faire voir que la distinction entre le mandat et le louage, fondée sur celle des actes mécaniques et des actes libéraux, est fort ancienne et n'a jamais été méconnue que par les employés de l'administration fiscale. Le conseil des finances, par une déci-

(1) C'est un fragment de ces conclusions que j'ai transcrit ci-dessus.

(2) Sirey, 12, 1, 198, Répertoire de jurisprudence, *verbo* Notaire, § VI, no 4.

Digitized by Google

sion du 22 septembre 1729, avait ordonné la perception du droit de marché sur l'engagement souscrit par un prêtre, de remplir les fonctions sacrées de son ministère, moyennant une rétribution annuelle. Nous ne pensons pas que ce droit fût aujourd'hui perçu ; mais on voit par les décisions qui précèdent que la Régie a constamment oublié les principes qui doivent faire repousser l'exigibilité du droit proportionnel ; ces principes doivent au contraire être suivis et appliqués dans tous les cas que nous avons indiqués. »

Voilà bien la doctrine ancienne, présentée sous la forme en même temps la plus claire et la plus habile.

Mais il n'était pas possible que M. Championnière, dont l'esprit est aussi juste que pénétrant, ne sentît pas la faiblesse et le vide de la théorie à l'aide de laquelle on a jusqu'à présent établi la ligne de démarcation entre le louage et le mandat. Tout en l'adoptant, à défaut d'autre, il déclare que sa raison n'en est pas satisfaite.

« Nous sommes loin de prétendre, dit-il, que ces règles distinctives du louage et du mandat salarié soient à l'abri de la critique. *Nous pensons au contraire qu'elles reposent sur des distinctions peu fondées.* Cependant elles existent ; elles sont constatées par la loi romaine, enseignées par Pothier, soutenues par M. Merlin, consacrées par un arrêt de la cour de cassation, et plus que tout cela, rendues nécessaires par le Code civil. En déclarant, en effet, le mandat susceptible d'un salaire, l'article 1986 exige impérieusement une distinction entre ce contrat et le louage; car les conséquences de ces deux conventions sont bien différentes; on ne peut, sans brouiller les choses, appliquer à l'une les lois de l'autre. Or peut-on prendre d'autres règles distinctives que celles que nous avons fait connaître? Un tribunal peut-il les rejeter sans excéder ses pouvoirs, et soutenir, sans nier ce qui est certain, qu'elles n'étaient pas celles que le législateur avait en vue? Comment d'ailleurs les remplacer? Si l'on décide avec la cour de cassation que les notaires sont des mandataires, il faut aussi le décider à l'égard des avocats, des avoués, des huissiers, des agens d'affaires et des gérans. Dès lors sur quoi se fondera-t-on pour refuser ce caractère aux professeurs, et pour quelle raison distinguera-t-on le professeur de droit, du professeur de musique ou de dessin? Si l'on admet que l'arpenteur ou l'expert nommé par la justice pour lever un plan, estimer, faire un partage, reçoivent un mandat, et n'ont droit qu'à des honoraires, jugera-t-on autrement, s'ils sont choisis amiablement, hors procès et pour le même objet?

» Assurément de pareilles distinctions, quel que fût le motif dont on les fît suivre, ne seraient pas plus fondées en raison que celles qui reposent sur la considération des actes mécaniques et des actes libéraux; elles auraient cet inconvénient grave d'abandonner la décision au caprice des

Digitized by Google

tribunaux; car toute décision qui n'est pas dictée par des principes ou par les inductions rigoureuses qu'ils produisent ne peut l'être que par le vouloir des magistrats. Cet inconvénient suffit pour qu'on s'attache avec force aux règles établies; quoique susceptibles d'être justement critiquées, elles seront toujours préférables à l'arbitraire. »

Qui ne reconnaît à ce langage un esprit qui se résigne, mais qui n'est pas convaincu? Egalement persuadé que les règles admises ne peuvent supporter l'examen de la critique, je n'ai pas cru qu'il fût impossible d'en trouver d'autres, avouées par la raison et conformes à la loi. Avant d'exposer mon système, qu'on me permette de montrer à quel point est inexacte et déraisonnable la distinction entre les arts mécaniques et les arts libéraux! tout le monde ne le comprend pas peut-être aussi bien que M. Championnière.

Il ne suffisait pas de dire: on trouve dans le mandat et le louage un élément commun, l'obligation de faire une chose pour autrui; et leur caractère distinctif consiste, en ce que le mandat a pour objet les œuvres de l'intelligence, et le louage les travaux de la main. Il fallait trouver des motifs pour justifier cette assertion. Je l'ai déjà montré; on a été réduit à prétendre que les productions des arts libéraux sont des choses inestimables; que les sommes données à celui qui en est l'auteur ne sont jamais l'équivalent de ses travaux; que le contrat, malgré la rétribution offerte et reçue, n'en est pas moins gratuit; qu'ainsi il est un véritable mandat, puisque le mandat consiste précisément à faire une chose pour autrui, gratuitement.

Eh bien! sans contester, en réclamant au contraire de toutes mes forces, pour les œuvres de l'esprit, un rang plus élevé que pour les opérations mécaniques, j'affirme que le travail intellectuel est susceptible d'être apprécié comme le travail physique; que de tout temps, et dans nos mœurs actuelles surtout, on paie par un véritable prix les travaux les plus sublimes de l'intelligence.

D'abord, je suis assuré que, quelles que soient les préventions qui existent encore chez quelques personnes, ou dans certaines professions, les saines idées économiques ont fait assez de progrès, pour que ma proposition rencontre en général plus de sympathie que d'éloignement. Mais c'est par des notions qu'aucun jurisconsulte ne sera tenté de désavouer que je veux établir ma doctrine. Il est universellement reconnu, en droit, que la propriété des œuvres de l'esprit se transmet à prix d'argent. Quand Victor Hugo ou Lamartine, Ingres ou Delaroche ont terminé un poème ou un tableau, ils le vendent, c'est l'expression que tout le monde emploie et que les jurisconsultes trouvent juste et légale. La somme qu'ils reçoivent est un véritable prix. Pourquoi donc les leçons de littérature ou de peinture que donnerait un grand poète ou un grand peintre, moyen-

Digitized by Google

nant une rétribution convenable, ne serait-elle pas un louage? Pourquoi cette rétribution ne serait-elle pas un prix? Chercherait-on une différence dans ce que le poème et le tableau, une fois achevés, ont une forme matérielle, dont ne sont pas revêtus les conseils donnés, les inspirations transmises dans un enseignement quotidien? à coup sûr ce serait un misérable subterfuge; car ce qui se vend et se vend à très-haut prix, ce n'est pas le papier et l'écriture de Victor Hugo; ce n'est pas la toile et les couleurs d'Ingres; c'est leur pensée, c'est leur génie.

Quelquefois, il est vrai, de grands services sont rendus dans l'exercice de certaines professions; le médecin arrache le malade à la mort; l'avocat sauve l'honneur ou la fortune de son client. Mais cela n'empêche point que l'on ne puisse estimer et payer les soins de l'un et de l'autre à leur juste valeur. L'expérience démontre qu'on ne doit pas les apprécier par les résultats qu'ils produisent; car lorsque le malade succombe ou que le procès est perdu, le médecin et l'avocat n'en ont pas moins droit à des honoraires. Évidemment il n'y a plus alors de prétexte pour dire que le service, considéré dans ses effets, reste toujours au dessus de la récompense

D'ailleurs la distinction entre les arts mécaniques et les arts libéraux n'est pas aussi nette qu'on le croirait au premier aperçu. Souvent l'intelligence joue un plus grand rôle dans la fabrication d'une machine que dans la confection d'un livre; et le travail de tel mécanicien l'emporte de beaucoup, comme œuvre de l'esprit, sur les productions de tel artiste. Cependant, si l'on s'attache aux mots employés pour qualifier leurs travaux, le contrat fait avec le mécanicien sera un humble louage d'ouvrage; la convention conclue avec l'artiste aura toute la noblesse du mandat.

La meilleure preuve qu'on puisse donner de l'insuffisance de la règle se trouve précisément dans les auteurs qui l'ont suivie. D'accord sur le principe, ils sont presque toujours en dissentiment dans les applications; et, quoiqu'ils partent du même point, là où l'un voit un louage d'ouvrage, l'autre trouve un mandat. Ainsi les passages de Pothier et de M. Merlin que j'ai cités montrent combien ils étaient éloignés de penser que les honoraires offerts à un avocat pussent être considérés comme le prix de son travail. Cujas n'hésite pas, au contraire, à dire que l'office de l'avocat n'est pas gratuit. Il s'efforce de rabaisser la profession, et par conséquent n'est guère disposé à trouver dans sa dignité une raison pour qualifier de telle ou telle manière les contrats qui se forment entre les avocats et leurs cliens (1).

(1) Voici ce passage, empreint d'une malveillance que les avocats pardonneront aisément au grand jurisconsulte à qui la science a tant d'obligation.

Undè apparet procuratori non esse petitionem salarii, si et constitutum non

Digitized by Google

Dans son traité du mandat (1), Pothier dit que les procureurs *ad lites* sont des mandataires; Coquille professe une opinion opposée (2); Cujas ne discute pas même la question, il la tranche en adressant de graves injures à ceux dont il devait caractériser les actes (3).

Au surplus, ce n'est pas seulement lorsqu'il s'agit des travaux des avocats et des procureurs, qu'il considère comme louages d'ouvrage les contrats qui ont pour objet les opérations de l'intelligence. Il donne sans hésiter cette qualification à la convention qui intervient entre un professeur, un professeur de droit, et ses élèves. Aucune transaction ne devait lui paraître plus digne par son objet d'être placée à un rang honorable; tout concourait à la lui présenter sous l'aspect le plus relevé, l'importance qu'on attachait alors à l'enseignement du droit, l'illustration que s'étaient acquise quelques uns de ses devanciers et de ses concurrens, et celle dont il était lui-même environné.

Cependant il met sur la même ligne le contrat fait entre celui qui s'oblige à conserver des vêtemens, et la convention qui intervient entre un professeur et ses disciples (4).

fuerit : quare maximè distat ab advocato; nam advocato honorarii petitio est; etiam si ei cautum non fuerit, l. 1. §, *in honorariis de extraord. cogn., et ratio differentiæ hæc est, ut infrà demonstrabitur pleniùs, quia officium procuratoris constituitur mandato, quod est gratuitum; advocati officium non est gratuitum.... hinc manifestum est quam distet officium procuratoris ab officio advocatorum; qui, ut Seneca ait in* Hercule furente,

Clamosi rabiosa fori jurgia vendunt,
iras et verba locant,
nec ducuntur amicitiâ ut Procuratores, sed quæstu.

Comm. in lib. III. Resp. Pap. ad leg. 7 *mand.*

(1) n° 125.

(2) Donques le négoce, qui est entre la partie et son procureur, *magis spectat ad locationem operarum propter mercedem.* Quest. sur la coutume de Nivernois, quest. 197.

(3) Après avoir dit, ainsi qu'on l'a vu dans une note précédente, que les avocats ne sont pas conduits par l'amitié comme les procureurs, mais par le désir du gain, il craint qu'on ne se méprenne sur le mot procureur, et il ajoute : *non loquor de procuratoribus hujus temporis, rapacissimo hominum genere; sed de amicis qui, nobis absentibus, rogatu nostro libenter suscipiunt defensionem litium nostrarum et nobis suam operam accommodant.*

(4) *Generaliter locator est qui dat utendum vel faciendum aliquid; qui accipit, conductor. Indè qui custodiendis vestimentis nostris operam suam exhibet, locator est, nos conductores sumus; at is qui vestimenta custodienda suscipit, conductor est, nos locatores; et juris professor, si ad docendum suas operas exhibeat, ac de mercede paciscatur, locator est; discipuli sunt conductores; quod si juris pro-*

Digitized by Google

La loi romaine n'a pas cru devoir appeler louage le traité par lequel un géomètre s'oblige à mesurer un champ (1); mais les auteurs ne donnent pas tous la même raison pour justifier cette solution. M. Merlin croit que les opérations de l'arpenteur doivent être placées au nombre de celles qui s'exécutent par les procédés des arts libéraux; elles se rapprochent cependant beaucoup des travaux mécaniques; aussi c'est à une considération différente que s'attachaient les anciens interprètes; ils pensaient que, l'agriculture étant en honneur chez les anciens, l'arpentage d'un champ se trouvait en quelque sorte relevé et ennobli (2).

Il n'est pas possible de pousser plus loin l'incertitude des règles et la confusion des idées.

Ces observations qu'une plume habile pourrait présenter d'une manière bien autrement vive et saisissante puisent, je crois, dans leur justesse une force à laquelle ne saurait résister la vieille distinction, au moyen de laquelle on a si long-temps essayé d'empêcher la confusion entre le louage et le mandat.

Voyons maintenant comment et par quoi je la remplace; car je reconnais avec M. Championnière, qu'il faut la remplacer; sans cela, comme il le dit fort bien, tout serait brouillé; le mandat non gratuit se confondrait avec le louage; et le Code civil suppose que ce sont deux contrats différens.

Voici mon système:

Le louage d'ouvrage consiste dans l'obligation de faire une chose moyennant un prix. Il y a cela aussi dans le mandat salarié. Mais celui qui loue son travail, agit en son nom; les actes qu'il fait, émanent de sa volonté et de sa capacité personnelle. Au contraire, le mandataire agit au nom du mandant, c'est la capacité et la volonté du mandant qui donnent force et effet à ses actes. Voilà ce qui distingue les deux contrats; et la distinction est, je crois, trop nettement tranchée pour qu'on puisse jamais se méprendre et les confondre. Une chose est faite par une personne pour une autre; on doute si c'est en exécution d'un louage ou en vertu d'un mandat. Pour le savoir, il n'y a qu'à se demander si celui par qui la chose a été faite a agi en son nom, a usé de la capacité personnelle, ou bien s'il a agi au nom de l'autre et avec le pouvoir que celui-ci lui a confié; selon la réponse, on décidera qu'il y a louage d'ouvrage ou mandat.

Au surplus, ces deux contrats qui diffèrent ainsi dans leur essence, diffèrent également dans leurs effets. Presque toujours les actes du mandataire obligent le mandant envers les tiers, ou les tiers envers le mandant;

fessor complures in ejus disciplinam se dantes edocendos suscipiat, conductor est; discipuli sunt locatores. Obs., lib. II, cap. 28; voyez d'ailleurs mes observations sur ce passage, tome XVIII (3e de ma Continuation), no 6.

(1) *L.* 1, ff. *si fals. mensor.*

(2) Godefroy ad leg. 1, ff. *si mens. falsum.*

Digitized by Google

c'est même ordinairement dans ce but que le mandat est donné ; on ne voit rien de semblable dans le louage d'ouvrage.

Cette distinction existait sous l'ancien droit ; mais le trait caractéristique est plus clairement indiqué par le Code civil. Le mandat, dit l'article 1984, est un acte par lequel une personne donne à une autre le *pouvoir* de faire quelque chose pour le mandant, *et en son nom*. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire. Ainsi, et d'après cette définition, la capacité du mandant est transmise au mandataire. Lorsque celui-ci accomplit la mission qu'il a reçue, ce n'est pas lui qui agit, c'est le mandant.

En conséquence, ce n'est pas le mandataire qui se trouve obligé envers les tiers, c'est le mandant ; ce n'est pas envers le mandataire que les tiers sont liés, c'est envers le mandant (art. 1997 et 1998). Par la même raison, le mandant peut résilier le contrat quand il le juge convenable. En effet, il doit rester maître de retirer le pouvoir qu'il a donné, de reprendre sa capacité et son nom dont il a revêtu le mandataire. Le mandataire de son côté peut les rendre quand il lui plaît, pourvu que ce ne soit pas à contre-temps et de manière à nuire au mandant (art. 2004 et 2007).

Enfin les femmes mariées et les mineurs émancipés peuvent être chargés d'un mandat, et faire valablement, pour le compte du mandant, des actes qui seraient nuls, s'ils les faisaient pour eux-mêmes (art. 1990). C'est évidemment parce que la capacité du mandant vivifie et valide l'acte consenti par le mandataire incapable.

« Il est absolument indifférent à la tierce personne avec laquelle on doit traiter, disait M. Tarrible au tribunat (1), que le mandataire ait ou n'ait pas la capacité de contracter ; tout ce qui importe à cette personne, c'est d'observer si les intentions du commettant, manifestées dans le mandat, se raccordent avec ses propres vues, et de veiller à ce qu'elles soient ponctuellement exécutées. Que le mandat ait été donné à un mineur ou à un majeur, à une femme mariée ou à un homme jouissant de la plénitude de ses droits civils, *la personne du mandataire disparaît comme un échafaudage devenu inutile après la construction de l'édifice ;* et la transaction, relativement au commettant *seul intéressé*, a toute la solidité dont elle est susceptible. »

Le rôle que joue chacune des parties dans le mandat et le but spécial qu'on veut atteindre dans le contrat, ont été compris de la même manière par tous les jurisconsultes. La maxime : *qui mandat ipse fecisse videtur*, résume énergiquement tout ce qui peut être dit sur cette matière.

(1) V. M. Locré, tome XV, pag. 249.

Digitized by Google

Maintenant, peu de mots suffiront pour montrer à quel point d'habiles jurisconsultes se sont fait illusion, lorsqu'ils ont cru que c'était la nature des actes qui donnait au contrat son caractère, et qu'il y avait mandat par cela seul que la chose à faire était une œuvre de l'esprit. Choisissons des exemples dans les travaux les plus élevés de l'intelligence : supposons qu'il faille qualifier la convention faite avec un médecin, un grand peintre, un avocat, un professeur de la plus sublime de toutes les sciences. Ils m'ont promis, moyennant un certain prix, de me donner des soins, d'orner ma galerie de tableaux, de rédiger un mémoire dans mon intérêt, et de s'occuper assidument de mon instruction. Évidemment, ce n'est pas un mandat que je leur ai donné et qu'ils ont accepté. Peut-on dire que je leur ai conféré un pouvoir qu'ils n'avaient pas; que je leur ai transmis ma capacité, qu'ils agissent en mon nom, qu'ils représentent ma personne? Ont-ils reçu une mission telle qu'ils puissent m'obliger envers les tiers, ou obliger les tiers envers moi? Non sans doute. Donc ils ne sont pas mes mandataires. Les textes que j'ai cités, la définition légale que j'ai rappelée ne permettent pas de leur donner cette qualification. C'est un louage d'ouvrage qui est intervenu entre nous. Au contraire, l'agent d'affaires à qui je confie l'administration de mes biens, la perception de mes revenus, la vente de mes denrées; l'avoué que je constitue dans un procès, sont mes mandataires, parce qu'ils sont chargés de mes pouvoirs, que ma capacité leur est transmise, que leurs actes me lient et lient les autres envers moi. Le notaire chargé par des cohéritiers de faire la liquidation d'une succession, ne reçoit point un véritable mandat, comme l'ont pensé M. Merlin et la Cour de cassation (1); on lui confie un travail; on ne lui donne aucun pouvoir; il fait une chose utile pour les héritiers; il n'agit pas en leur nom, il n'est point leur représentant. J'ajoute qu'il n'y a pas un mot dans le Code civil qui rappelle la doctrine autrefois admise, qui fasse supposer que le législateur l'a eue en vue. Il n'y a donc aucun obstacle à suivre celle que la définition même du mandat, et toutes les dispositions placées au même titre, établissent si clairement.

Quelques amours-propres se trouveraient-ils blessés par cette théorie, quelques cœurs élevés craindraient-ils qu'elle n'eût pour résultat d'avilir les travaux de l'intelligence, d'ôter aux lettres et aux arts leurs plus nobles encouragemens, d'enlever à certaines professions leur dignité et le rang qu'elles occupent dans notre organisation? Si cela était, on devrait laisser les émotions de la vanité s'apaiser d'elles-mêmes. Qui voudrait qu'on leur sacrifiât une vérité utile? Mais on ne saurait trop s'empresser de rassurer les esprits préoccupés d'honorables inquiétudes, et cette tâche ne serait pas difficile.

Qu'importe, en effet, le nom donné au contrat? Le mandat est-il donc plus estimable en soi que le louage? Les effets de l'un sont

(1) V. *suprà*, page 67.

Digitized by Google

ils plus que ceux de l'autre propres à attirer sur les contractans la considération publique? Faut-il dans l'exécution employer des moyens judicaires plus rigoureux pour celui-ci que pour celui-là? En aucune façon. Sous tous ces rapports, l'assimilation est parfaite. Lorsque le mandat est gratuit, sans doute le sentiment généreux qui inspire le mandataire, relève et sa personne et son action. Mais la même générosité donnerait le même relief à l'acte par lequel une personne se chargerait d'exécuter gratuitement pour un autre un travail quelconque. Dès que le mandat est salarié, il n'a rien qui le classe à un rang plus élevé que le louage d'ouvrage.

Donner la même qualification aux contrats qui déterminent un prix pour les travaux de l'intelligence, et aux conventions qui fixent le salaire des efforts de la puissance physique de l'homme, ce n'est point confondre les deux facultés, et assimiler leurs résultats. On désigne de la même manière le contrat qui transmet la propriété d'une pierre précieuse, et celui par lequel on aliène la matière la plus commune. Personne ne craint que l'identité de la dénomination donnée aux actes puisse induire en erreur sur la valeur intrinsèque des choses. Or, à plus forte raison, l'œuvre de l'esprit, et celle de la main, resteront distinctes et séparées, quoique les conventions dont elles sont l'objet aient le même nom dans la langue du droit.

Ce serait enfin une erreur de croire qu'il faut s'attacher à prévenir la confusion avec un soin extrême, parce que les tendances de notre époque semblent la favoriser. Je ne crois pas que les idées de notre temps présentent, sous ce rapport, un véritable danger. Elles me paraissent au contraire fort rassurantes. Aujourd'hui, on reconnaît que le travail est une fonction sociale, que la richesse, les dignités et les honneurs doivent être distribués en proportion de la difficulté et de l'utilité des travaux, que, sous ce double rapport, les productions de l'esprit ont droit à une part plus considérable que les productions de la force musculaire. Cette théorie gouvernait à leur insu les sociétés humaines, avant qu'elle eût été aperçue et proclamée; l'ordre hiérarchique assigné depuis long-temps à certaines professions libérales est un de ses effets incontestables. Elle n'a pas encore acquis toute l'autorité qu'elle doit obtenir, elle n'a pas produit tous les effets qu'il faut en attendre; mais chaque jour elle fait des progrès. Ce n'est pas sous l'influence de pareilles idées qu'on peut sérieusement craindre de voir confondre les arts mécaniques et les arts libéraux, les opérations manuelles et les œuvres de l'esprit, parce que les jurisconsultes nommeront également louages d'ouvrage des contrats composés des mêmes élémens, et différant seulement par la nature des travaux qui en sont l'objet.

En résumé, ce n'est point l'absence de prix qui distingue le mandat du louage d'ouvrage.

Digitized by Google

Une personne peut s'obliger à faire gratuitement une chose pour une autre, sans que pour cela il y ait mandat.

Réciproquement, un mandat peut être salarié sans devenir louage.

Ce n'est pas non plus la nature des actes qui établit la différence entre les deux contrats.

Le louage d'ouvrage peut consister à faire une œuvre de l'esprit.

Ce qui caractérise le mandat et le distingue du louage, c'est le pouvoir donné par celui pour qui la chose doit se faire, à celui qui doit l'accomplir; c'est la capacité transmise par le premier au second, c'est le droit donné au mandataire d'agir au nom du mandant, de le représenter, de l'obliger envers les tiers, et d'obliger les tiers envers lui.

J. B. Duvergier.

Digitized by Google

Bulletin bibliographique.

Traité de l'interprétation des lois, par M. Mailher de Chassat, avocat à la cour royale de Paris. Nouvelle édition augmentée de plusieurs supplémens, etc.; 1 volume in-8. Paris, chez Videcoq, libraire-éditeur, Place du Panthéon, 6, près l'École de Droit, et rue des Grès, 2.

La grande utilité de ce livre ressort du titre lui-même, et son mérite, du nom de son auteur. M. Mailher de Chassat est le jurisconsulte consciencieux et profond qui, se proposant le Code civil à commenter, a consacré à cette matière si vaste et si difficile de la rétroactivité des lois, deux volumes où se révèlent une science réelle du droit et une portée philosophique malheureusement bien rare chez nos auteurs modernes.

Le Traité de l'interprétation des lois se distingue par les mêmes qualités. Déjà publié en 1822, il a été réimprimé en 1835. L'auteur n'y a rien changé, et l'ouvrage n'eût rien gagné à un changement quelconque. Seulement des supplémens ont été ajoutés, et ces supplémens ayant eu pour objet et pour résultat de compléter certaines doctrines par trop resserrées dans le corps de l'ouvrage, on peut affirmer sans hésitation que cette partie si subtile du droit se trouve désormais élucidée.

Restreints comme nous le sommes dans les bornes d'un bulletin bibliographique, il nous est impossible, quant à présent, de mettre en relief l'utilité pratique d'un tel ouvrage, d'en faire ressortir, d'une manière assez complète, toute l'importance, de dire enfin quels services il peut rendre au jurisconsulte et au magistrat qui se pénétreront de ses théories. Il nous est impossible également d'indiquer le très-petit nombre de doctrines qu'il nous a paru difficile d'adopter et de proposer des objections, sinon de les combattre. C'est un soin que nous nous réservons pour un temps qui n'est pas éloigné. Nous dirons alors, dans un examen approfondi de l'ouvrage, tout ce que son étude nous a inspiré.

L'interprétation des lois, dont les tribunaux faisaient de si tristes abus avant la promulgation du Code civil, sur le fondement de la maxime que les juges doivent appliquer la loi et nullement l'interpréter, a été de deux sortes après le Code; l'une de doctrine qui consiste à saisir le vrai sens des lois et à laquelle M. Mailher de Chassat rattache avec raison l'interprétation d'usage ou de jurisprudence pour les cas non prévus qui peuvent se ranger sous l'empire de l'analogie; l'autre, authentique ou par voie d'autorité, qui consiste à résoudre les questions et à faire cesser les doutes par voie de réglemens ou de dispositions générales émanés du pouvoir législatif.

La première était dans l'étendue des pouvoirs du juge. Elle lui appartenait exclusivement. Lorsque la loi est claire, il n'a d'autre mandat que de la suivre; lorsqu'elle est obscure, de l'approfondir; lorsqu'elle est

Digitized by Google

muette, de consulter l'usage et l'équité. Car, dans ce dernier cas, les parties qui ont traité sur des matières non définies par la loi, acceptent ou doivent accepter les usages reçus, se soumettent ou doivent se soumettre à l'équité universelle qui, dans le silence de la loi, est le retour à la loi naturelle.

Or, M. Mailher de Chassat a indiqué avec une rare précision, avec une lucidité d'expression remarquable et une grande élévation de pensées, les règles qui peuvent imprimer une salutaire direction à l'esprit qui apprécie la loi, en recherche le sens, ou poursuit l'analogie.

Quant à l'interprétation par voie d'autorité, M. Mailher de Chassat a indiqué les circonstances dans lesquelles elle peut avoir lieu sans danger. Toutefois, nous aurons à examiner, dans un prochain article, l'influence que doit exercer sur cette partie de l'ouvrage la loi récente qui vient de dépouiller les cours royales de l'autorité qui leur était illogiquement attribuée par la loi de 1828, sur la cour régulatrice. Le référé législatif est désormais supprimé, et la loi du 1er avril 1837 donne aux arrêts de la cour de cassation une puissance telle, qu'elle commande à la troisième cour royale devant laquelle le litige est renvoyé.

Jus Romanum secundum ordinem Institutionum imp. Justiniani, ad usum prælectionum, auctore V. Quinon, in Gratianopolitana academia juris Romani professore. — Grenoble, 1834, chez Baratier; Paris, chez Videcoq, place du Panthéon, 6; 2 vol. in-8°, prix 15 fr.

Cet ouvrage, écrit avec clarté et méthode, est certainement un des plus exacts que la France ait produits sur les Institutes. Il dénote chez l'auteur une connaissance approfondie des sources et un esprit plein de sagacité. Notre illustre collaborateur, M. Warnkœnig lui a déjà rendu justice dans son article sur l'*étude du droit romain en France depuis* 1830.

Code de procédure civile, Leçons de feu Boitard, professeur-suppléant à la faculté de droit de Paris, publiées avec le consentement de madame veuve Boitard, sa mère; par Gustave de Linage, docteur en droit. Tome premier, prix 7 fr. Paris, 1837, chez Gustave Thorel, successeur d'Alex-Gobelet, place du Panthéon, 4.

Voici l'œuvre à laquelle le jeune et savant professeur que la mort est venue si tôt nous ravir, a consacré de longues et laborieuses veilles. Sans doute que, publiées par lui, ces Leçons eussent reçu du temps et du travail quelques modifications dans les détails; mais l'ensemble existe, il est l'expression de la pensée de l'auteur, dont le coup d'œil sûr et rapide a su embrasser sa matière sous toutes ses faces. Comme les Leçons de *droit criminel*, celles de *procédure civile* ont été recueillies avec exactitude par l'habile élève de Boitard, M. de Linage; nous ne doutons pas qu'elles ne soient accueillies avec une égale faveur. Elles formeront trois forts volumes in-8°, au prix de 7 francs chaque.

Digitized by Google

Théorie de la procédure civile, précédée d'une introduction, par M. Boncenne, avocat à la cour royale, et doyen de la faculté de droit de Poitiers. — Deuxième édition, tome 1, introduction; prix 9 fr. 59 c.; Paris, 1837, chez Videcoq, place du Panthéon, 6; et Poitiers, chez Saurin.

L'œuvre de M. Boncenne n'est pas encore achevée, et déjà les premiers volumes, complétement épuisés, ont nécessité une nouvelle édition. Ce grand et légitime succès n'étonnera point quiconque a ouvert ces pages si animées, où la science, dépouillant tout appareil sévère et rebutant, se présente accessible à tous et pénètre rapidement l'esprit du lecteur. Personne n'a poussé aussi loin une brillante faculté d'exposition. Personne non plus n'a montré des connaissances plus variées et plus solides. La critique sévère de notre si regrettable collaborateur Boitard (voy. tome Ier de la Revue), prouve toute la valeur qu'il attachait à l'ouvrage soumis à son examen, et aux opinions de l'illustre professeur de Poitiers. C'est surtout quand elle s'adresse aux maîtres, que la critique peut se permettre une marche plus dégagée des préoccupations qui trop souvent l'énervent et l'étouffent. Leur gloire ne saurait souffrir de ces discussions, toutes dictées par le pur intérêt de la science.

La seconde partie du troisième volume de la *Théorie de la procédure civile* paraîtra sous peu de jours. L'auteur a pris la ferme résolution de se dévouer tout entier à la continuation de son ouvrage, et il nous est permis d'espérer que bientôt l'école française pourra s'enorgueillir de l'ensemble de ce beau monument élevé à une étude pleine de difficultés, et que M. Boncenne a su rendre pleine d'attraits.

Digitized by Google

DU CONFLIT

DE LA LOI CIVILE ET DE LA LOI POLITIQUE.

Il y a dans l'*Esprit des Lois* peu de livres plus substantiels et qui sollicitent autant la méditation que celui auquel l'auteur a donné pour titre (1) : *Des lois dans le rapport qu'elles doivent avoir avec l'ordre des choses sur lesquelles elles statuent.* En effet, les distinctions de droit naturel, divin, ecclésiastique, des gens, politique, civil, n'ont pas seulement un intérêt de théorie ou de doctrine; elles sont bien autrement graves; elles ont leur racine dans la justice, et influent sur la législation même. Ce n'est pas que ces nombreux rapports soient autre chose que les faces diverses d'un même objet, et ne puissent en définitive se ramener à un principe unique, l'ordre social. Mais Montesquieu montre, avec son autorité ordinaire, que cet ordre social est complexe; il indique combien de points de vue différens doivent envisager ceux qui ont la tâche de le conserver; comment un principe, éminemment juste et vrai sous un rapport, devient faux et subversif sous un autre; en un mot comment une vérité que l'on déplace se heurte à quelque nécessité qui la brise. Ainsi il ne veut pas que l'on règle les choses de la religion par le droit humain, ni celles du droit naturel par le droit civil, ni celles du droit civil par le droit politique, et réciproquement. Telle est l'importance qu'il attache à ces distinctions, qu'il fait consister (ce sont ses termes) *la sublimité de la raison humaine* à les reconnaître.

Ce qu'il faut remarquer avec soin, c'est que Montesquieu

(1) Liv. 26.

Digitized by Google

s'adresse au législateur, et ne peut s'adresser qu'à lui. Celui-là seul qui fait la règle est compétent pour distinguer entre les différens ordres de choses auxquels elle doit s'adapter ; car cette distinction est déjà une loi. Le simple citoyen ne peut se la permettre ; le magistrat encore moins, puisqu'à l'obligation générale d'obéir aux lois du pays, il réunit en lui le devoir spécial et étroit de les faire exécuter. Il ne peut donc devancer le législateur ; il doit l'attendre ; s'il se dégage du lien qui lui est donné, pour marcher seul, dès son premier pas il tombe dans l'arbitraire ; sa raison asservie ne doit point se laisser tenter même par l'évidence ; il faut qu'il reste où un texte l'enchaîne.

Ainsi, pour me servir d'un des exemples cités par Montesquieu, une loi de l'ordre civil déclare la propriété inviolable, et proclame que nul n'est obligé de la céder. Cependant il arrive que l'intérêt de l'état en exige le sacrifice, moyennant une indemnité préalable. Supposons que cette dernière considération, qui appartient à l'ordre politique, n'eût jamais revêtu la formule législative, et fût restée à l'état simple de théorie, le magistrat pourrait-il la suppléer et ordonner une expropriation forcée pour cause d'utilité publique ? Assurément non. En présence du principe général que, dans mon hypothèse, rien n'aurait modifié, cet acte, politiquement utile et raisonnable, serait une violation de tous ses devoirs. Mais le législateur a parlé, il a modifié la règle générale, l'expropriation forcée peut se prononcer légalement ; tout est en règle, les intérêts des différens ordres se concilient, et le magistrat, en les servant tous, est à l'aise dans l'exercice de ses fonctions. C'est donc au législateur à parler le premier.

Autre exemple : une loi civile déclare encore que *tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*. Mais si le dommage est causé par un ministre, à l'instant la politique intervient et arrête tout, non pas cette

Digitized by Google

fois avec un texte, mais avec des considérations (1). Convient-il de livrer un ministre en proie à la responsabilité civile? La menace incessante de cette responsabilité terrible ne va-t-elle pas le paralyser? On conçoit ce principe dans la simplicité de la vie ordinaire, où chaque citoyen, maître de ses actions, encourt toutes les conséquences de sa liberté. Mais un ministre, perdu dans l'immensité de son administration, surchargé de détails qui portent tous son attache, et dont si peu lui sont réellement personnels, un ministre, obligé de voir par les yeux des autres, aurait-il à craindre que chacune des signatures de confiance qu'il délivre ne compromette le patrimoine de ses enfans? Où sera le père de famille assez osé pour aborder les affaires publiques à de telles conditions? Déjà ces considérations sont graves; mais supposez qu'elles cèdent à la règle générale et que le principe de l'action civile contre un ministre vous soit accordé, qu'en ferez-vous? Porterez-vous votre action devant la cour des pairs? La cour des pairs se considère comme une institution politique et refuse de s'occuper d'intérêts privés; elle n'admet pas l'action civile par la voie de l'intervention (2), à plus forte raison par la voie principale; et, pour ne laisser aucun doute à cet égard, son rapporteur (3) déclare que *le droit d'intervention ne peut être là où le droit d'action n'existe pas.* La porterez-vous devant les juges du droit commun? Mais n'y a-t-il pas péril à leur soumettre un acte de haute administration? Ont-ils l'exacte mesure du degré relatif de justice qu'il devait avoir? Est-il prudent de traîner dans cette arène des hommes qui se sont fait tant d'amis ou tant d'ennemis (4)? Certes ces objections méritent qu'on y réfléchisse. En at-

(1) Discussion du principe de la responsabilité civile à la Chambre de Pairs en avril 1836.

(2) Arrêt du 29 novembre 1830.

(3) M. le comte de Bastard.

(4) *Moniteur* de 1836, p. 752, 753.

Digitized by Google

tendant, la juridiction politique repousse l'action civile en tant qu'elle est privée; le juge du droit commun en tant qu'elle est politique. Le législateur lui-même hésite (1); il se débarrasse d'une hypothèse importune en la renvoyant, comme les affaires sérieuses, à demain, ou plutôt à une époque indéterminée de l'avenir. Cependant le principe de la responsabilité reste flottant dans le vague, n'ayant point où se fixer, et le juge demeure seul en présence de l'article 1382 du Code civil. Voilà proprement le conflit des deux ordres de lois.

En voici un autre exemple, dont l'intérêt tout récent palpite encore, et qui, au sortir de la pratique judiciaire et de la discussion législative, se présente naturellement à l'examen scientifique. Une princesse, appartenant à une famille déchue du trône et exclue du territoire, y rentre, commet des crimes contre la sûreté de l'état, et est renvoyée par un arrêt de cour royale devant une cour d'assises. Que dit la loi civile, ainsi nommée par opposition à la loi politique, ou, pour parler plus exactement, que dit le droit commun? Que la justice est la même pour tous, c'est la Charte qui le proclame; que les lois de police et de sûreté obligent quiconque habite le territoire, c'est le Code civil qui le veut; que le procureur général poursuivra toute personne mise en accusation, c'est le Code d'instruction qui l'exige. Ainsi, et la Charte, et le Code civil, et le Code d'instruction, tout ce qu'il y a de sacré pour le magistrat, tout ce qui a reçu ses sermens, n'ont qu'une voix pour le sommer de sa parole, lui faire la même réponse, lui inspirer le même devoir. Car c'est un devoir, je supplie qu'on se pénètre de cette idée, un devoir impérieux qu'il a contracté; ce n'est pas une simple faculté qui lui a été donnée. Ceux qui ont vu dans ses scrupules l'indice d'un esprit étroit, ne savent pas se mettre dans son point de vue; ce n'est pas son esprit

(1) *Moniteur* de 1836, p. 754.

Digitized by Google

qui est étroit, c'est son devoir. Poussé par ce dernier, il se présente pour le remplir; mais on l'arrête et on lui dit :

Qu'allez-vous faire? La loi civile a ses limites, que vous venez de rencontrer, et vous ne les franchiriez pas sans une injustice réelle et un immense dommage. L'égalité devant la loi, la seule qui soit au monde, n'est cependant pas elle-même une vérité absolue, et, dans ce siècle de vicissitudes politiques, la raison humaine y met une exception, unique autant que nécessaire, et par cela même sans danger. Il est des existences que la force des choses élève au dessus du droit commun, et qui n'y retombent pas par leur chute. Il est des débats qui excèdent les proportions naturelles d'un procès, et que vous n'essaieriez pas d'y faire entrer, sans briser quelque ressort du mécanisme social. Ce qui le prouve, c'est l'essence de la justice pénale, dont le double but est l'expiation et l'exemple, et qui manquerait à la fois l'un et l'autre, soit en poursuivant un fait que des préjugés puissans refusent de ranger dans la classe des crimes et dont ils subordonnent la moralité à l'événement, soit en adressant l'intimidation à un petit nombre de personnes, qui lui échappent par la grandeur de leur intérêt. Il y a plus : la justice ordinaire irait contre sa destination, et troublerait l'ordre, au lieu de le maintenir, si, contrariant l'action calmante du temps, elle poussait les partis politiques jusqu'au désespoir; si elle exaspérait leur point d'honneur, si elle les comprimait au point de les faire éclater. La civilisation moderne, ennemie des violences et des catastrophes, finirait par s'indigner à l'aspect d'une grandeur déchue que l'on rendrait pitoyable à force d'abaissement. Il n'y a point de raisonnement qui fasse que la punition légale d'un prétendant au trône ne ressemble à une vengeance de prince. La condamnation la plus irréprochable ne laverait point Elisabeth du sang de Marie Stuart. Laissez à votre roi la pureté de son pouvoir; n'ôtez pas à son noble cœur la

Digitized by Google

gloire de saisir un rival, et de le renvoyer convaincu d'impuissance devant tout l'univers.

Malheur au magistrat que ce langage trouverait insensible ! Car il méconnaîtrait une des premières vérités de nos temps de troubles. Malheur à celui qui en serait ému ! Car le sentiment de son devoir s'affaiblirait infailliblement dans son cœur. Restera-t-il homme de la loi ? La légalité de sa conduite ne le consolera pas du mal qu'il risque de faire à la chose publique. Se fera-t-il homme d'état ? Sa perplexité redouble. Que devient son serment ? Où sont ces grands préceptes dont on a nourri sa jeunesse, et qui ont servi de base à son éducation judiciaire ? On lui défend de préférer sa propre sagesse à celle du législateur ; quand la loi parle, quand elle réclame, quand elle crie, on lui fait une vertu de repousser l'équité, l'équité que son cœur lui enseigne et lui persuade, et il serait obligé d'épouser l'insidieuse et variable politique, avec quelques périls de plus dans l'arbitraire, et la certitude légale de moins ! Non ; ce n'est pas pour elle qu'il répudiera ses croyances ; il met sa gloire à maintenir inaltérable le culte de la loi au milieu des passions qu'il traverse, et il tiendrait à injure qu'on l'appelât magistrat politique. Le voilà donc battu par deux forces contraires ; il va manquer utilement à sa parole, ou faire pieusement le mal ; sa conscience est aux prises avec sa raison ; pour lui il y a un droit contre le droit. Cependant un rapt administratif fait passer à la prisonnière ce seuil, que Socrate refusa de franchir ; on laisse le peuple sur l'exemple d'une loi bravée, et le magistrat avec le sentiment d'un devoir non accompli. Cette situation violente serait un désordre même sous le pouvoir absolu.

Ce n'est pas tout. Nous n'avons examiné le conflit des deux lois que dans un de ses rapports ; passons du personnage politique excepté du droit commun, à ceux qui ont participé à son crime, ou en ont commis d'accessoires. Je ne pose pas ici une question de droit ; je ne demande pas s'ils profitent

Digitized by Google

du privilége qu'on lui fait, si ce privilége est communicable; si, ce personnage une fois renvoyé des poursuites, les complices doivent l'être également. Cette simple question, si elle était sérieusement agitée, serait une calamité sociale; ce serait équivalemment provoquer aux crimes d'état, que de jeter de l'incertitude sur une répression, à peine efficace quand elle n'est pas contestée. Sous le rapport logique, l'argument proposé pour les complices ne vaut rien; un privilége (le mot le dit, *priva lex*) est de la même nature qu'une exception, et celui-ci n'a pas plus d'étendue que la raison politique où il prend sa source. Le juge criminel statue sur le procès qu'on lui renvoie, dans l'état où on le lui renvoie, sans s'inquiéter si tous les coupables sont devant lui. Il y a des absences provenant de la nature même des choses, qui n'arrêtent pas le cours de la justice. Je ne demande donc pas en principe si la raison politique doit influer sur le sort des complices, mais en fait si elle influe. Il ne s'agit pas d'un raisonnement bon ou mauvais, mais d'une impression reçue ou repoussée. La question ainsi entendue, la mesure prise à l'égard du principal coupable a-t-elle, à tort ou à raison, modifié les jugemens portés sur les complices?

On sait que cette question nous jette dans le domaine des conjectures. Il ne me serait possible d'asseoir les miennes sur une base certaine qu'à l'aide d'une décision judiciaire qui, dans la déduction de ses motifs, admettrait ou rejetterait la raison politique; à défaut d'une déclaration expresse, je ne saurais apprécier qu'avec les procédés de l'interprétation, pour combien cette raison est entrée dans les délibérations des juges et des jurés.

Deux décisions judiciaires se présentent ici à notre examen.

La seule qui, à ma connaissance, ait eu à statuer avec des motifs sur la question qui nous occupe, a été rendue le 5 juin 1833 (1) par la cour de Rennes, à l'occasion du récèle-

(1) Recueil des arrêts de Rennes, 1834, p. 435.

Digitized by Google

ment de la duchesse de Berri par des personnes qui avaient cru pouvoir en conscience abriter ses complots contre l'état. Le moyen fut plaidé avec un talent (1) qui multipliait ses chances de succès; il fut cependant rejeté, par des motifs trop mémorables pour que je les omette ici, d'autant plus que les collections générales de jurisprudence ne les ont point recueillis :

« Considérant qu'il est impossible d'admettre le moyen de défense des » prévenus, consistant à dire que la guerre civile était un droit et un » devoir pour la duchesse de Berri, parce qu'un prince détrôné peut » tout employer pour reconquérir la couronne; qu'une pareille théorie » est déplorable et subversive des règles tutélaires qui garantissent l'ordre » public et la sûreté de l'état;

» Considérant qu'après la déchéance de Charles X, pour violation fla- » grante de la Charte qu'il avait jurée, le peuple français, dans le libre » usage de sa primitive et indestructible souveraineté, en a confié l'exer- » cice, selon les formes constitutionnelles de gouvernement, à S. M. » Louis-Philippe Ier, en l'appelant à régner, ainsi que ses descendans, à » perpétuité, de mâle en mâle, par ordre de primogéniture; ce qui con- » sacre, en faveur de ce prince et de sa descendance, un droit exclusif » au trône;

» Considérant que, chez les peuples policés, nul ne peut jouir du » monstrueux privilége d'armer impunément les citoyens les uns contre » les autres;

» Considérant que la loi du 10 avril 1832, en interdisant le territoire de » la France et de ses colonies à la famille déchue, *ne l'a pas soustraite* » *au droit établi par l'art. 3 du Code civil;* qu'*elle est donc restée sous* » *l'empire du Code pénal, à raison des crimes ou délits qu'elle pourrait* » *commettre dans le royaume;*

» Considérant que la duchesse de Berri est venue en France, au mé- » pris de la loi susdatée, dans le but avoué par ses proclamations servies » au procès, d'exercer, au nom de son fils, le prétendu Henri V, des » droits éteints et abolis dans la personne de Charles X, par conséquent » intransmissibles de son chef, lorsque surtout la volonté nationale en a » revêtu une autre dynastie;

» Considérant que la notoriété publique impute à la duchesse de Berri » d'avoir troublé l'état par la guerre civile, et *que ce fait, s'il était*

(1) Par M. Hennequin.

Digitized by Google

» jugé constant, suivant les formes légales du pays, constituerait un » crime emportant peine afflictive, etc. »

Ainsi les prévenus furent acquittés, mais par des motifs tirés du droit commun, dans lequel le personnage politique fut enveloppé lui-même.

La seconde décision est le verdict de Strasbourg dans cette affaire, qu'un prince de la famille Bonaparte semblait remplir de son absence. Ici les motifs explicites nous abandonnent, et nous n'avons que la ressource de l'interprétation. Mais quelques circonstances, bonnes à rappeler, la rendent assez sûre, pour que l'on s'y fie ; elle va nous conduire ou à la vérité ou bien près d'elle. D'abord nous pouvons nous prévaloir de l'opinion générale, qui n'attribue l'acquittement des accusés qu'à l'enlèvement du prince; symptôme déjà digne d'être observé. Ensuite l'étude des débats semble confirmer cette conjecture; les faits ont paru prouvés; les accusés ne les niaient pas; quelques uns même les avouaient avec un ton et des maximes qui faisaient scandale. Les défenseurs ont à peine discuté les faits; une seule idée, l'enlèvement du prince, domine dans leurs plaidoiries, y règne exclusivement, en occupe tout l'espace, tellement que, cette considération retranchée, on ne voit pas ce qui reste. Mais ce qu'il importe que l'observation ne laisse point échapper, c'est l'emploi qui a été fait de ce moyen. Il y avait deux manières de le présenter, comme moyen du fond, ou comme fin de non-recevoir : comme moyen du fond, en ce que l'absence du principal accusé faisait obstacle à l'intelligence de l'affaire, à la manifestation de la vérité, ce qui tendait à l'acquittement des complices faute de preuves; comme fin de non-recevoir, en ce que le gouvernement ayant excepté le prince de la loi commune, il y avait lieu à étendre l'exception à ses partisans, et, sans autre examen, à les renvoyer. Lequel de ces deux partis a été pris par la défense ? Les deux à la fois. On a

Digitized by Google

plaidé que, *le prince seul ayant le secret du complot* (1), *pouvant seul expliquer son origine, son développement et ses progrès*, seul rendre compte *de la résistance que les accusés auraient opposée ou de l'entraînement auquel ils auraient cédé, son témoignage était le plus imposant qui pût les protéger, et qu'en son absence la vérité ne pourrait arriver qu'incomplète à la justice;* on a plaidé (2) en même temps qu'*après la mutilation qu'une grande mesure avait fait subir à l'instructiotn, ce qui restait à faire aux jurés, sans descendre dans aucun détail, c'était d'acquitter tous les accusés*. Qu'ont fait les jurés? Ils ont rapporté un verdict d'acquittement après 22 minutes de délibération (3). Il y avait sept accusés ; c'est un peu plus de trois minutes pour chacun d'eux, et à peine le temps strictement nécessaire pour l'opération matérielle du scrutin. Est-il téméraire de conclure qu'ils ont suivi le conseil du défenseur, qu'*ils ne sont descendus dans aucun détail*, et qu'ils n'ont par conséquent point jugé la cause? A nos yeux, c'est évidemment la fin de non-recevoir qui a prévalu dans leur esprit.

Dans le rapprochement de ces deux décisions se révèle, avec une vérité frappante, le génie des deux juridictions qui les ont rendues. Elles ont rejeté toutes deux la raison politique, mais chacune à sa manière et par des motifs différens. L'une apporte dans l'examen de la question une fidélité inviolable à un devoir qui ne transige pas ; l'autre l'espèce d'équité que lui a faite et inspirée le système de la défense; la première maintient l'égalité devant la loi, la seconde la rétablit dans toute l'étendue de la cause qui lui est soumise ; celle-là embrasse la règle au point de repousser

(1) Plaidoyer de M. Parquin, *Journal général des tribunaux* du 19 janvier 1837.

(2) *Ibid.*

(3) *Ibid.* du 21 janvier.

Digitized by Google

l'exception, celle-ci élargit l'exception au point d'entamer la règle. En résultat, ce sont deux modes d'exception de la même idée: la raison politique a également eu tort, savoir, aux yeux du magistrat qui lui a préféré le droit commun, aux yeux du jury qui, pour en pallier le dommage, a fait violence à la vérité démontrée. Dans aucun cas elle n'a été entendue comme elle demande à l'être; c'est-à-dire que dans aucun cas elle n'a été appliquée au personnage privilégié et appliquée à lui seul.

Le mal est réel, et demande un prompt remède. Il n'est pas défendu, dans les temps difficiles, de prévoir le jour où un prétendant au trône tenterait de tourner à son profit cet affaiblissement de la morale sociale que déplorent les gens de bien. Il faut se tenir prêt, et soulager par anticipation toutes les consciences qui auraient à se prononcer dans un nouveau danger. Mais avant de chercher le remède au mal, il convient, pour rencontrer juste, de commencer par en déterminer la cause. Si cette cause résidait, comme nous le pensons, dans la confusion d'idées que nous signale le premier de nos publicistes, le remède serait par conséquent dans la distinction qu'il nous enseigne. Il ne faudrait pas le chercher ailleurs, et par exemple, il ne faudrait pas le chercher dans un changement de juridiction; pour que cette ressource en fût une, il serait nécessaire de constater par avance la disposition du nouveau juge à reconnaître la raison politique, et à la borner au cas pour lequel elle est donnée. Autrement je nierais l'efficacité du remède. Or est-il avéré que ce nouveau juge, militaire ou civil, sera accessible à la raison politique et ne le sera que dans la mesure indiquée? Quand son intelligence en aura senti la puissance, et qu'aucun devoir spécial ne l'empêchera de s'y rendre, sera-t-il assez ferme dans sa conviction, pour que les conséquences décevantes qu'en tirera la défense ne l'ébranlent point? a-t-on la parole des conseils de guerre? Si l'on ne peut pas répondre affirmativement, le même inconvénient

Digitized by Google

se représente et le problème n'est pas résolu. Que faire donc? Distinguer avec Montesquieu ce qui est de l'ordre civil et ce qui est de l'ordre politique ; le besoin politique une fois reconnu, le tirer de la doctrine ou de la maxime, et l'introduire dans un texte obligatoire ; lui donner ce qui lui manque, le baptême de la légalité ; proclamer par l'organe des trois pouvoirs que le prince d'une des familles exclues du territoire qui y serait accusé de crimes, serait mis dans tous les cas à la disposition du gouvernement, sans préjudice des poursuites ordinaires contre les co-auteurs, complices ou autres; se donner ainsi le droit d'alléguer aux uns le principe, aux autres les limites qu'il faut y mettre ; en un mot, faire entrer la raison politique, à titre de loi, dans le devoir du magistrat, et lui ôter aux yeux du juré jusqu'à l'apparence d'un caprice du pouvoir. Ainsi, et ainsi seulement, la collision cessera.

HELLO.

Digitized by Google

DE LA SOUVERAINETÉ.

(Troisième article.)

Après avoir suivi dans ses transformations diverses l'élément impersonnel, il nous reste à faire un travail analogue sur le principe opposé. Le premier nous a montré l'individu succombant sous l'exagération du droit social. Le second va nous offrir un autre spectacle. C'est celui de l'individualisme ramenant tout à lui, abusant de sa force, et succombant de nouveau sous le poids d'un pouvoir monstrueux, qu'il a tiré de lui-même, mais qui, trop lourd pour qu'il puisse le supporter, retombe sur lui et l'écrase.

Au dix-huitième siècle, les temps étaient mûrs pour la revendication philosophique des droits de la raison appliquée à la science sociale. La vieille société française, dans le travail irrégulier et fantasque de sa constitution naturelle, n'avait abouti qu'au chaos. Il n'était pas une institution, pas une coutume, pas une maxime dite fondamentale, qui n'eût été tour à tour proclamée et étouffée dans les luttes incessantes et les triomphes alternatifs de la royauté et des parlemens. Comment découvrir la vérité dans toutes ces couches superposées d'abus, de préjugés et d'usages contradictoires? Comment, à moins d'être, comme Montesquieu, complice par sa position, de cet ordre de choses, ne pas s'en détacher avec dégoût? Aussi remarquait-on vers cette époque une tendance générale à se séparer des réalités pour chercher dans les abstractions la solution du problème social. Ajoutons que la révolution qui s'était faite dans l'ordre des idées religieuses et des idées philosophiques en appelait une dans l'ordre des idées politiques. Luther et Descartes attendaient un autre réformateur. Rousseau parut.

Digitized by Google

C'était au moment où la France subissait l'action du mouvement philosophique, littéraire et politique de l'Angleterre. Montesquieu, malgré son impartialité d'historien, avait hautement avoué ses préférences pour les formes anglaises. Voltaire faisait connaître à la France quelques unes des beautés de Shakespeare, et préparait ainsi, sans le vouloir, la révolution dramatique qui s'opéra depuis. L'abbé de Condillac imprimait à la philosophie de la sensation ce caractère de netteté et de rigueur systématique qui distingue si essentiellement l'esprit français. Rousseau subissait la même influence. Il est aisé de voir que le livre du *Gouvernement civil*, de Locke, a engendré le *Contrat social*. L'écrivain français s'y montre logicien puissant et inexorable, mais, pourquoi ne le dirions-nous pas, métaphysicien médiocre et inconséquent. Locke eut sur lui un avantage, il avait trouvé le principe de la souveraineté populaire écrit dans les institutions de son pays. Une récente et mémorable application venait même d'en être faite. C'était au nom de ce principe que s'était accomplie la révolution dynastique de 1688, et le livre du *Gouvernement civil* ne fut, à bien dire, que la justification philosophique de cette révolution. Rousseau n'eut pas le même bonheur. Les réalités politiques lui manquaient complétement. C'était en face du droit divin et de la royauté absolue qu'il célébrait la puissance et la majesté du peuple. Ce désavantage fut sa gloire. Forcé de sortir de toutes les voies historiques, de s'isoler des faits, de se réfugier dans la raison pure, il repoussa dédaigneusement les traditions du passé, et alla chercher la solution du problème dans les régions les plus élevées de l'abstraction. Il fut ainsi à son insu, mais fatalement ou providentiellement, l'initiateur des idées qui devaient plus tard produire en France une révolution fondamentale.

Locke eut sur lui un autre avantage. Chef de l'école sensualiste moderne, il demeura fidèle à la métaphysique; car

Digitized by Google

la souveraineté du peuple n'en est que la conséquence rigoureuse dans l'ordre politique. Rousseau se montra inconséquent en proclamant ce principe, lui qui s'était signalé par une protestation sentimentale contre la philosophie du dix-huitième siècle, et qui préparait quelque temps avant sa mort une réfutation d'Helvétius.

Comme il arrive toujours, Rousseau fut entraîné au-delà du vrai dans sa réaction contre l'école théologique, par haine du droit divin et des résultats confus auxquels avait abouti le développement pratique de cette théorie; il se rejeta violemment dans l'hypothèse de l'*Etat de nature*; de même que l'école théologique avait nié les droits de l'individu, il nia ceux de la société, et lui imprima énergiquement le sceau de la personnalité humaine en la faisant naître d'un acte libre et volontaire; c'était substituer une vue exclusive à une vue exclusive. Aussi l'écrivain, qui prenait pour point de départ l'homme individuel, ne voulut-il reconnaître en lui que les faits moraux qui correspondaient à son système. Il omit ou nia tous ceux qui avaient un caractère impersonnel, laissant dans l'ombre toute une moitié de la nature humaine, et mutilant à la fois l'homme et la société.

Une fois entré dans le vaste champ de l'hypothèse, rien ne devait plus l'arrêter. Sans se préoccuper des faits, il pose hardiment les bases de son système. A l'entendre, tous les hommes naissent libres, indépendans entre eux, maîtres absolus de leur personne et de leurs actions. Placés l'un vis-à-vis de l'autre, dans un état d'égalité et d'indépendance complète, leur volonté seule peut modifier cette indépendance et cette égalité. Le passage de l'état de nature à l'état social ne s'opère donc légitimement que par un acte libre et volontaire de leur part. La société est le résultat d'une convention. Par cette convention, chaque individu se donne tout entier à la communauté. Cependant, comme il est en même temps membre du souverain, il acquiert sur tous les autres les mêmes droits

Digitized by Google

qu'il leur accorde sur lui-même. De la sorte, il demeure aussi libre qu'auparavant; car, d'une part, il retrouve toujours sa propre volonté dans la volonté générale, et de l'autre, il gagne l'équivalent de ce qu'il perd, avec plus de force pour conserver ce qu'il a. La souveraineté ainsi constituée par l'accord de toutes les volontés n'est pas susceptible de se déléguer. Elle est inaliénable, indivisible, infaillible, absolue. Elle réside essentiellement et ne peut résider que dans chacun des membres qui forment le corps politique, et ceux-ci étant tous égaux entre eux doivent *également* et au même degré prendre part à tous les actes par lesquels s'exerce la souveraineté proprement dite.

Voilà la donnée première et fondamentale de tout le système. Comme on le voit, ce n'est pas autre chose que le pouvoir absolu ramené à l'individualisme. L'école théologique avait accordé aux papes et aux rois le privilége de l'infaillibilité; l'école rationaliste, dont Rousseau est l'interprète le plus radical, fait descendre cette infaillibilité dans le peuple. La première enseignait que les rois n'étaient pas liés par les lois qu'ils avaient faites; la seconde professe la même doctrine en l'appliquant au souverain multiple qu'elle a créé. L'une poursuivait dans ses derniers retranchemens la personnalité humaine qu'elle finissait par écraser sous le poids d'un despotisme étouffant; l'autre, entraînée par cette réaction inévitable qui est la loi du développement de l'esprit humain, est conduite à un résultat analogue par une voie tout opposée.

En effet, comme les phénomènes de la vie morale venaient donner un démenti à son système, que fait Rousseau? Il lutte contre la nature des choses; au lieu de rectifier ses idées par l'observation, au lieu de faire poser l'homme devant lui, il le mutile, en s'efforçant de le faire rentrer violemment dans le moule trop étroit de son hypothèse philosophique. Il est clair que l'homme de Rousseau n'est pas celui de la création. Il en fait un animal solitaire,

Digitized by Google

indépendant, sans passé, sans avenir, se suffisant à lui-même et n'ayant, avec ses semblables, aucun rapport d'infériorité ou de supériorité naturelle. Après avoir passé le niveau sur toutes les inégalités physiques, intellectuelles et morales, il place l'une à côté de l'autre, sur le même plan, ces molécules vivantes, égales et opposées, et prétend faire sortir la société de l'accord de leurs volontés divergentes. Mais qu'arrive-t-il? Comme la souveraineté sociale qui résulte, selon lui, de cet accord, n'est, à proprement parler, que la souveraineté individuelle réagissant sur elle-même, l'écrivain se voit contraint, au nom de la logique, d'arriver à cette conséquence, que la première est absolue et illimitée comme la seconde. Dès lors les droits individuels eux-mêmes sont sacrifiés, et il se trouve que Rousseau n'a tant glorifié la personnalité humaine que pour l'immoler bientôt à la puissance sans bornes de la volonté générale. C'est ainsi que l'individu périt dans son système, comme dans celui du droit divin. Seulement il périt par un suicide, dans l'exaltation de son orgueil et de sa force, et après avoir tiré de lui-même le pouvoir monstrueux sous lequel il succombe.

Le vice de ces deux écoles est d'avoir méconnu l'une des formes essentielles par lesquelles l'humanité se produit; la faute qu'elles ont commise a été de jeter dans la société une somme de pouvoir plus grande que celle qu'il lui est donné de supporter. Elles ont ainsi placé son berceau entre deux fantômes qui menacent sans cesse de la détruire, le despotisme et l'anarchie. En effet, si le droit divin a pour conséquence immédiate le despotisme, il a pour remède extrême et inévitable l'insurrection; si la souveraineté du peuple a pour conséquence immédiate l'anarchie, elle a pour remède extrême et inévitable le despotisme. L'histoire est là pour proclamer cette double vérité; qu'on jette les yeux sur le passé, et l'on verra que les révolutions qui l'ont rempli n'ont été produites que par l'action et la réaction de

Digitized by Google

l'un de ces principes sur l'autre. Le but de chacun d'eux fut d'abord de détruire le principe rival, afin de régner seul. Mais, toutes leurs tentatives pour atteindre ce but étant venues se résoudre dans l'impuissance, il arriva un moment où ils furent obligés de reconnaître qu'ils étaient l'un et l'autre immortels et indestructibles comme l'humanité elle-même, et que, condamnés à vivre ensemble, ils devaient, au lieu de se combattre sans cesse, s'accorder pour mettre respectivement leurs droits sous la garantie d'une transaction qui fît avec équité la part de chacun.

C'est à ce résultat que nous sommes enfin arrivés après de nombreuses oscillations, et la douloureuse expérience des révolutions à travers lesquelles nous avons passé.

Nous venons de parcourir, d'une manière rapide et bien incomplète, le cercle immense de la doctrine. Nous avons visité les deux pôles de la question. Prises à cette hauteur, les idées que nous avons analysées ont pu paraître sans application à quelques esprits superficiels; mais quiconque a l'habitude de la réflexion les retrouvera aisément au fond de toutes les révolutions qui ont bouleversé la France et l'Europe depuis cinquante ans. Aujourd'hui même, quoique renfermées dans une sphère plus étroite, elles se révèlent encore dans les crises constitutionnelles qui agitent notre situation intérieure, et nous les avons vues récemment apportées à la tribune et jetées au milieu des débats parlementaires, sous les noms de *suffrage universel* et d'*avénement des classes moyennes*.

Jusqu'ici nous n'avons fait que de la critique; mais cette critique, si nous ne nous trompons, n'a pas été entièrement stérile. Il est vrai que nous n'avons point encore formulé de système. Mais le travail de destruction auquel nous venons de nous livrer nous a mis en possession de quelques négations fécondes, destinées à supporter les fondemens de l'édifice qu'il nous reste à construire. Nous savons désormais que si, la société étant le produit de nos

Digitized by Google

tendances naturelles, notre volonté n'intervient pas directement dans l'acte qui la constitue, il n'est pas du moins interdit à notre raison d'intervenir dans le choix de la forme politique du pouvoir. Nous savons que la souveraineté, ne pouvant se manifester que par la raison faillible et contingente de l'homme, et étant toujours subordonnée au droit, ne saurait être absolue et illimitée; nous savons enfin que cette souveraineté ne réside pas essentiellement dans tel ou tel élément social, dans la royauté ou dans le peuple. Maintenant il ne nous reste qu'à compléter ces idées par l'indication d'une formule plus large que celles qui ont été produites jusqu'à ce jour, d'une formule qui, comme nous l'avons dit, comprenne à la fois le passé, le présent et l'avenir.

Si nous voulions donner une définition de la souveraineté dans sa notion abstraite et philosophique, nous dirions qu'elle n'est autre chose que la justice sociale promulguée par la raison et servie par la force. Mais ceci a besoin d'explications.

La société passe par deux états successifs : l'un est celui de son *développement spontané*, l'autre de son *développement réfléchi*. Dans le premier, la raison, n'étant point encore arrivée à son âge philosophique, n'agit qu'indirectement sur les faits; dans le second, elle revendique ses droits, se pose souveraine, et aspire à diriger seule la société vers des fins qu'elle connaît. Dans l'un, on trouve les *constitutions naturelles*, dans l'autre les *constitutions écrites*. Suivons la souveraineté à travers ces deux états.

Mais d'abord plaçons à côté de l'homme que Rousseau a inventé, l'homme que Dieu a fait. Que voyons-nous? Une créature faible, aimante, disposée à la pitié, à la bienveillance, à la sympathie, et liée à tout ce qui l'entoure, non seulement par ses besoins, mais encore par les sentimens que la nature a mis en elle. Bien qu'il y ait, comme on l'a dit, entre les hommes, une égalité absolue,

Digitized by Google

leur organisation physique et morale est essentiellement diverse. Ils sont plus ou moins actifs, plus ou moins moraux, plus ou moins intelligens. Ces variétés, qui modifient à l'infini l'égalité primitive et fondamentale qui résulte de la communauté de leur origine et de leur fin, établissent entre eux, aussitôt qu'ils sont en contact, des rapports de subordination, de supériorité ou d'infériorité hiérarchique. Quand donc, par le concours de diverses causes, et sous l'influence de certaines circonstances matérielles et morales, la société vient à se former, comme elle rencontre ces inégalités naturelles, déjà fortement accusées, elle est obligée de les accepter et d'en tenir compte. Qu'arrivera-t-il alors? Que parmi tous ces hommes ainsi classés et étagés, ceux qui se trouvent au dessus des autres par le développement de leur activité, de leur intelligence et de leur moralité, prenant SPONTANÉMENT et LÉGITIMEMENT la direction de l'existence commune, dont ils ont un sentiment plus vif, et qui se reflète en eux d'une manière plus complète, la souveraineté se constitue naturellement au sommet de la société dans les régions les plus élevées et les plus éclairées, avec l'assentiment général, mais sans le concours exprimé des volontés individuelles.

Sans doute des causes étrangères, la force, la violence, la conquête peuvent momentanément jeter la perturbation dans les conséquences de ce mouvement instinctif et naturel de la sociabilité; mais l'histoire et l'expérience nous apprennent que, livrée à elle-même, et se développant librement, elle arrive et doit arriver à ce résultat. Toutefois, ce n'est là que son début. La vie sociale, s'étant ainsi manifestée, ne tarde pas à s'organiser en une série d'usages, de coutumes, de traditions qui, se superposant et venant s'ajouter l'une à l'autre, forment, avec le temps, la constitution naturelle de cette société. Mais la condition de ce premier mode de développement étant de s'accomplir sous l'empire des tendances instinctives, son caractère est l'irrégularité,

Digitized by Google

le défaut de suite, la contradiction. Il y a plus, comme ceux en qui la souveraineté s'est d'abord personnifiée s'efforcent d'en conserver le plus long-temps possible les avantages, et que les institutions qui ont été le produit de ce premier élan de la sociabilité, aspirent à l'immortalité, tandis que l'état intellectuel et moral des élémens sociaux se modifie sans cesse, il arrive infailliblement une époque où l'*activité*, la *moralité* et l'*intelligence* sont déplacées. Le pouvoir se trouve séparé des conditions qui avaient fait d'abord sa légitimité. Le fait est d'un côté, le droit de l'autre. Alors commencent les réclamations, les protestations. La raison humaine, qui a grandi silencieusement pendant le cours de la première période, paraît à son tour sur la scène. D'abord, comme toutes les puissances nouvelles, elle s'exagère à elle-même sa propre force, dont elle n'a pas encore senti les lumières, et au lieu de se borner à écarter les obstacles qui ont empêché ou compromis l'œuvre de la nature, elle entreprend de tout détruire pour tout refaire, ne réussissant le plus souvent qu'à tourmenter la société et à la bouleverser sans profit. Mais bientôt, avertie par l'expérience, elle reconnaît que, la société n'étant, à bien dire, que la mise en commun des produits de l'activité et de l'intelligence, il est juste, il est légitime qu'elle soit dirigée par les hommes les plus actifs et les plus intelligens. Elle ratifie donc sous ce rapport le résultat auquel était arrivée la sociabilité dans son mouvement d'expansion naturelle, c'est-à-dire qu'elle se décerne à elle-même la souveraineté, l'*activité*, la *moralité* et l'*intelligence* n'étant que les formes diverses par lesquelles la raison se produit au sein de l'humanité. Cependant, comme d'une autre part elle s'est aperçue que la sociabilité, livrée aux hasards de son développement naturel, est sujette à s'égarer ou à s'éloigner du but où elle doit tendre, elle soumet l'exercice de la souveraineté à certaines conditions, elle crée pour certains droits des garanties, elle organise, en un mot, un système

Digitized by Google

d'institutions *conventionnelles*, où doivent se rencontrer, conciliés et satisfaits, les intérêts de l'ordre et du progrès, de la liberté et du pouvoir, de la société et de l'individu.

Du jour où l'on est entré dans cette seconde période, un pas immense a été franchi. Pendant que durait la première époque, la souveraineté, bien que résidant dans les mêmes élémens, n'était limitée par rien de précis. Ce n'était que la réaction violente du droit méconnu, qui en signalait la violation. Dans la seconde, au contraire, tous les droits essentiels sont garantis par des textes, qui brillent, comme autant de phares lumineux, sur les écueils où le vaisseau de l'état a déjà fait naufrage. Dans l'une, les progrès ne pouvaient s'accomplir que violemment et par les voies insurrectionnelles; dans l'autre, toutes les forces réelles de la société, se trouvant absorbées au fur et à mesure, par des institutions dont le cercle mobile s'élargit à proportion que l'instruction se propage, les progrès se font pacifiquement, sans révolutions, et dans le sein de la constitution elle-même. Enfin, le but de l'association étant plus nettement défini et plus clairement aperçu, la voie étant creusée d'une manière plus profonde, la société n'est pas exposée à retourner sur ses pas, à faire fausse route, et à perdre en tentatives sans résultat le fruit de son travail et de ses efforts.

Revenant à notre définition, nous dirons donc que la souveraineté ainsi constituée sera *conforme à la justice*; car les droits qu'elle pourrait violer seront mis en lumière et garantis par la constitution même; qu'elle sera *promulguée par la raison*, car elle appartiendra aux hommes les plus éclairés, et c'est par ceux-ci que la raison se manifeste *humainement*; qu'enfin elle aura la force pour auxiliaire; car elle satisfera les intérêts généraux, qui ne sont que le retentissement du droit dans l'ordre matériel, et qu'un autre nom donné à la justice.

J'ajoute que cette formule comprend à la fois le passé, le présent et l'avenir.

Digitized by Google

On voit en effet que nous n'excluons aucun système, mais que nous n'en adoptons exclusivement aucun. Si l'on nous demande : la souveraineté appartient-elle essentiellement aux peuples? nous répondrons : non ; aux rois? non; à l'aristocratie, à la démocratie? non; elle appartient légitimement à la raison humaine se manifestant dans ses conditions terrestres par les hommes les plus *actifs*, les plus *moraux*, les plus *éclairés*. Mais l'activité, la moralité et les lumières n'étant pas le monopole exclusif d'une classe, n'appartenant pas plus aux rois qu'aux peuples, à l'aristocratie qu'à la démocratie, la souveraineté ne réside essentiellement dans aucun élément social en particulier, et peut résider dans chacun selon les époques. Elle est mobile, progressive, et tend à se répandre à mesure que l'instruction générale se répand elle-même et pénètre plus profondément dans les masses. La meilleure constitution, la constitution la plus légitime, est donc celle dont le sein s'ouvre le plus facilement à toutes les capacités véritables, celle qui aspire et s'approprie le mieux toutes les forces vives de la société.

Dira-t-on que le système ne se distingue par aucun trait essentiel de celui de la souveraineté du peuple, tel qu'il a été modifié depuis Rousseau par des esprits moins absolus que le sien, puisque, tout en prétendant que le *droit* de souveraineté réside essentiellement dans le peuple, les partisans de cette doctrine conviennent cependant que l'*exercice* de ce droit est soumis à certaines conditions de capacité et de lumières. Nous répondrons qu'en admettant même cette dernière rédaction, un intervalle incommensurable sépare encore les conséquences de ces deux systèmes, et que, pour qui sait voir au fond des choses, il n'est pas une seule des hautes questions constitutionnelles qui se sont agitées depuis 1830, qui n'ait clairement révélé le profond antagonisme qui existe entre eux.

Digitized by Google

Le 7 août, une dynastie nouvelle est établie, proclamée par les pouvoirs constitutionnels que la révolution avait laissés debout; elle est saluée par les acclamations de tous les organes légitimes de l'opinion. Que se passe-t-il cependant? Les hommes politiques qui ont concouru à fonder cette dynastie se divisent en deux camps. Les uns réclament ardemment pour elle le baptême d'une ratification populaire, les autres s'y opposent, et se contentent de l'approbation qu'elle a reçue de la part des grands pouvoirs de l'état et des interprètes éclairés de l'opinion publique. Les uns vont chercher la légitimité en bas, les autres ne veulent la recevoir que d'en haut. Pourquoi cette différence? N'est-ce pas que les uns rendent hommage au principe de la souveraineté du peuple, et les autres, sans le savoir peut-être, à celui de la souveraineté de la raison?

Plus tard, lorsqu'il s'est agi de modifier le système électoral, n'a-t-on pas entendu des voix réclamer, dans le sein de la chambre et au dehors, soit l'élection à plusieurs degrés, soit le suffrage universel, tandis que d'autres voulaient maintenir le droit électoral dans une sphère supérieure, indépendante et éclairée?...

Enfin, à l'occasion des engagemens pris par certains députés de voter contre l'hérédité de la pairie, n'a-t-on pas vu se réveiller la vieille question des *mandats impératifs*, et n'a-t-on pas entendu certains hommes politiques soutenir que le député relevait de l'électeur, tandis que d'autres prétendaient qu'il ne devait relever que de la raison et de sa conscience.

Il serait aisé de multiplier les exemples. Ceux-là suffisent pour prouver que les conséquences de la souveraineté du peuple, même déléguée et conditionnelle, sont diamétralement opposées à celles qui résultent logiquement du principe que nous avons indiqué.

Mais, dira-t-on, comment reconnaître ceux en qui réside la *moralité*, l'*activité* et l'*intelligence*? Chacun étant natu-

Digitized by Google

rellement porté à s'exagérer son propre mérite, s'imaginera trouver en lui-même toutes les conditions de la souveraineté, et voilà la société livrée à toutes les prétentions de la vanité et de l'orgueil.

J'ai déjà dit que les capacités sociales se révélaient spontanément dans le premier élan de la sociabilité, et prenaient, avec l'assentiment général, la direction de la vie commune. Mais ce qui est vrai du cas où la société se constitue, l'est également de celui où elle se renouvelle par une révolution fondamentale. Comme les révolutions de ce genre ne se font jamais qu'au profit des capacités inconnues et repoussées par des institutions en arrière de l'état moral et intellectuel du pays, ces capacités se trouvent nécessairement à la tête de la société le jour où la révolution vient à triompher. Qu'arrive-t-il alors? Si cela se passe à une époque déjà avancée de civilisation générale, ceux qui se voient ainsi légitimement investis de la souveraineté par la réaction naturelle du droit contre le fait, sentent la nécessité de régulariser, d'organiser d'une manière durable ce résultat précaire de la nature, et d'en assurer la possession aux *capacités* à venir, en déterminant d'avance les signes auxquels on sera obligé de les reconnaître. C'est alors qu'on voit apparaître, comme conditions d'aptitude, le cens, la fortune territoriale, l'âge, l'exercice de certaines professions. Toutes ces circonstances, auxquelles on attache la jouissance d'une portion plus ou moins grande de la souveraineté, ne sont que les *signes* visibles de cette capacité impalpable qui seule est la source du droit. On conçoit de suite que le choix de ces *signes* n'est plus qu'une condition secondaire, une question d'organisation et d'art, et que la législation qui les détermine, loin d'être immuable, doit au contraire être essentiellement variable et mobile, afin de s'approprier aux diversités de chaque pays, et aux modifications qu'apportent dans leur situation morale et matérielle les progrès de la civilisation et des lumières. On peut avancer seulement que

Digitized by Google

la meilleure législation en cette matière est celle qui, dans une société donnée, attache la jouissance des droits politiques aux *signes* qui représentent le plus exactement toutes les forces réelles de cette société.

Je crois en avoir assez dit pour faire connaître le principe que je propose de substituer aux principes également usés de la souveraineté populaire et de la souveraineté de *droit divin*. Qu'il me soit permis de dire en finissant que je n'ai pas la puérile vanité de m'en croire l'inventeur. Déjà depuis long-temps M. Royer-Collard l'avait formulé avec cette puissance de généralisation qui est un des caractères de son esprit. M. Guizot et les nombreux penseurs qui se nourrissent de ses idées lui ont également voué leur culte, bien qu'ils n'en aient fait nulle part, que je sache, une exposition systématique. Ce principe est le seul qui ne répudie aucun fait et ne voue à l'ostracisme aucune époque de notre histoire; c'est le seul qui puisse expliquer d'une manière rationnelle le sens de nos institutions et de tous les grands faits politiques qui se sont accomplis en France depuis vingt ans. Nous savons bien que de nombreuses objections peuvent lui être faites; mais il n'en est aucune qui puisse résister à un examen approfondi. C'est donc là le principe auquel tous les bons esprits doivent aujourd'hui se rallier; car c'est en lui que consistent l'avenir du pays et les véritables perfectionnemens dont notre constitution est encore susceptible.

GUYHO,
substitut à Niort.

Digitized by Google

HISTOIRE DU DROIT.

ÉTUDES SUR LES COUTUMES.

Les coutumes qui régissaient la France avant la révolution offrent à l'historien du droit, sous un double rapport, le plus puissant intérêt. Par leur diversité, elles retracent, mieux qu'aucun autre ordre de faits, la vive image de cette France du moyen-âge, si morcélée dans son territoire, si bigarrée en apparence, parce qu'elle était riche et inépuisable dans les manifestations spontanées de son activité nationale. Par leur unité, au contraire, par l'identité de leur esprit, elles ont pu aspirer à se fondre dans un droit commun consigné dans un texte unique sous la sanction législative; elles ont pu devenir la source où ont puisé largement les rédacteurs du Code civil.

Cette unité des coutumes, incontestable pour quiconque en a fait une étude approfondie, n'est pas cependant, comme leur diversité, un fait dont l'évidence frappe d'abord les yeux même les moins exercés: elle est obscurcie et voilée sous la multiplicité des formes. Celui qui réussirait à la dégager pure et brillante, ferait, sans contredit, œuvre de jurisconsulte; car il préparerait les élémens de l'interprétation la plus sûre et la plus large, la plus féconde et la plus scientifique qui se puisse faire du Code civil. Mais l'unité ne peut être dégagée qu'après que la diversité a été reconnue: le but du jurisconsulte ne saurait être atteint qu'après un examen préalable qui satisfait en même temps à la noble et utile curiosité de l'historien.

Chose étrange! c'est au moment où la tendance à l'unité se déclare que l'étude de la diversité des coutumes, quant à leurs dispositions mêmes et quant aux lieux qu'elles régissent, devient seulement possible. On comprend donc

Digitized by Google

pourquoi j'ai dû circonscrire ce travail dans les limites bien vastes encore des coutumes rédigées officiellement à partir de la seconde moitié du quinzième siècle; d'autant que je n'osais tenter d'exécuter ici la grande entreprise dont je viens d'indiquer les deux faces principales, et qui ne serait pas indigne d'un Coquille ou d'un Dumoulin. Peut-être y a-t-il quelque utilité à l'ébaucher du moins, et à préparer quelques matériaux, dans ce temps où l'application de l'histoire au droit ne compte encore qu'un si petit nombre de partisans sincères et zélés, qui ne la réduisent pas à un lieu commun sans conséquence.

§ I. *Rédaction officielle des coutumes.*

Première période.

Sur la fin de l'époque féodale, alors que la France commençait à se relever des maux que lui avait faits la guerre des Anglais, quelques germes de gouvernement régulier et unitaire, tel que l'ont réalisé les temps modernes, commencent à poindre dans les ordonnances de Charles VII. Celles qu'il rendit à Montil-lès-Tours, en avril 1453, avant Pâques (vieux style), portent à l'article 125 et dernier ce qui suit:

« *Item.* Et que les parties en jugement, tant en nostre court de parlement que pardevant les autres juges de nostre royaume, tant nostres qu'autres, proposent et allèguent plusieurs usages, stiles et coustumes, qui sont divers selon la diversité des pays de nostre royaume, et les leur convient prouver, parquoy les procez sont souventes foys moult allongez, et les parties constituées en grands fraiz et despens; et que si les coustumes, usages et stiles du pays de nostre dit royaume estoient redigez par escrit, les procez en seroient de trop plus briefz, et les parties soubslevées de despenses et mises, et aussi les juges en jugeroyent mieux et plus certainement (car souventesfois advient que les parties prétendent coustumes contraires en un mesme pays, et aucunes foys les coustumes muent et varient à leur appétit, dont grandz dommages et inconveniens adviennent à nos subjectz). Nous voulans abréger les procez et litiges d'entre nos subjectz, et les relever de mises et dépens, et mettre certai-

Digitized by Google

neté ès jugemens tant que faire se pourra, et oster toutes matières de variations et contrarietez; ordonnons et décernons, déclarons et statuons: que les coustumes, usages et stiles de tous les pays de nostre royaume soyent redigez et mis en escrit, accordez par les coustumiers, praticiens et gens de chascun estat desdiz pays de nostre royaume, lesquelz coustumes, usages et stiles ainsi accordez seront mis et escritz en livres, lesquelz seront apportez pardevers nous, pour les faire veoir et visiter par les gens de nostre grand conseil, ou de nostre parlement, et par nous les décréter et confermer; et iceux usages, coustumes et stiles ainsi décrétez et confermez, seront observez et gardez ès pays dont ils seront, et ainsi en nostre court de parlement ès causes et procez d'iceux pays; et jugeront les juges de nostre dit royaume, tant en nostre court de parlement que noz baillifs, seneschaux et autres juges, selon iceux usages, coustumes et stiles, ès pays dont ils seront, sans en faire autre preuve que ce qui sera escript audit livre; et lesquelles coustumes, stiles et usages ainsi escritz, accordez et confermez, comme dict est, voulons estre gardez et observez en jugement et dehors. Toutesfoys nous n'entendons aucunement déroger au stile de nostre court de parlement. Et prohibons et defendons à tous les advocatz de notre royaume qu'ils n'allèguent ne proposent autres coustumes, usages et stiles, que ceux qui seront escriptz, accordez et decretez comme dict est; et enjoignons ausdictz juges qu'ils punissent et corrigent ceux qui feront le contraire, et qu'ils n'oyent ne reçoivent aucunes personnes à alléguer, proposer ne dire le contraire. »

L'exécution de cette ordonnance remarquable allait faire plus que faciliter la connaissance et la preuve des coutumes; elle allait en changer essentiellement le caractère et la force obligatoire. A l'autorité de la coutume proprement dite se substituait l'autorité d'une loi, puisée sans doute dans l'élément coutumier, mais fixe et inflexible désormais, puisqu'il devait être défendu à tous avocats de proposer et à tous juges d'admettre d'autres coutumes que celles qui auraient été rédigées officiellement de l'avis des états sous l'autorité du roi.

Mais cette exécution ne pouvait être immédiate. Les coutumes, lorsqu'elles seraient rédigées sur les lieux, devaient, avant leur confirmation, être renvoyées au roi, afin qu'il les fît voir et visiter par les gens de son grand conseil ou de son parlement. Il est même douteux qu'un

Digitized by Google

commencement d'exécution ait eu lieu alors. Toutefois, on ne doit point reléguer cette ordonnance au nombre des injonctions vaines et stériles que le législateur hasarde quelquefois sans les avoir suffisamment mûries et sans se soucier ensuite de ce qu'elles deviennent. Non seulement cette ordonnance de Charles VII fut le fondement de tous les travaux ordonnés, avec beaucoup d'esprit de suite, par les rois ses successeurs pour l'accomplissement du but qu'elle prescrivait ; mais son influence s'étendit au-delà des limites mêmes de l'obéissance du roi, et c'est là qu'elle porta ses premiers fruits.

Dès le 11 mars 1457, le duc de Bourgogne, Philippe-le-Bon, donna à Bruges, sur les remontrances des états du comté de Bourgogne, des lettres-patentes pour la rédaction des coutumes de ce pays ; et c'est sans doute vers le même temps que la rédaction de celles du duché de Bourgogne fut ordonnée aussi à la supplication des états. L'une et l'autre rédaction eut lieu : les coutumes du duché furent confirmées le 26 août 1459 ; celles du comté le 28 décembre de la même année (1).

Quoiqu'on ait affirmé (2) que Louis XI ne fit rien pour la rédaction des coutumes, il est certain, par des lettres patentes de son fils Charles VIII, du 28 janvier 1493 (3), qu'il avait renouvelé l'ordre de rédiger les coutumes et de « les apporter par devers lui à certain jour pour les décréter et en ordonner ainsi qu'il verrait être à faire : ce qui fut lors fait par aucuns baillifs et sénéchaux du royaume ». En effet, nous voyons (4) qu'il en fut délibéré dans une assemblée tenue à Troyes en septembre 1481, en vertu de

(1) Coutumier général, t. II, p. 1169, 1184, 1193, 1203.

(2) *Recueil général des anciennes lois françaises*, par MM. Isambert, Decrusy et Armet, t. XI, p. 458.

(3) Elles se trouvent rapportées aux anciens procès-verbaux de Troyes et de Chaumont, et au procès-verbal de Boulenois.

(4) Ancien procès-verbal de Troyes, Coutum. gén., t. III, p. 300.

Digitized by Google

cette ordonnance de Louis XI; et que la même année le bailli de Berry ordonna à son lieutenant de Mehun-sur-Yèvre de mettre par écrit les coutumes du lieu. Ce qui fut fait à Troyes ne s'est point conservé, mais les coutumes du ressort royal de Mehun se trouvent insérées au Coutumier général (1). Ce sont là les seuls faits certains que nous ayons pu constater; mais il est vraisemblable que d'autres rédactions eurent lieu à la même époque (2), et notamment que les anciennes coutumes de la ville et septaine de Bourges et celles de la ville et châtellenie d'Issoudun, insérées au Coutumier général (3), furent rédigées par les soins de ce même bailli de Berry, qui avait tenu la main à ce que les ordres du roi fussent exécutés à Mehun-sur-Yèvre. C'est sur cette ancienne coutume de Bourges que le plus ancien commentateur des coutumes, *Boërius*, ou Bohier, président au parlement de Bordeaux, écrivit son commentaire dès 1508, trente ans avant la rédaction de la nouvelle coutume de Berry.

Ces coutumes, qui, avant leur confirmation par le roi n'étaient encore que des projets de rédaction, ne furent point décrétées; Louis XI, pour nous servir des expressions de son fils dans les lettres déjà citées, « à l'occasion des empêchemens et autres grands affaires qui lors survinrent, ne put bonnement mettre à exécution la délibération par lui prise en cette matière ».

Ce ne fut même pas encore sous Charles VIII, malgré l'impulsion qu'il donna à la rédaction des coutumes par ses

(1) T. III, p. 926 et suiv.

(2) Je n'ose décider s'il faut rapporter ici une ancienne coutume de Poitou que Dumoulin dit, dans une note (Coutum. génér., t. IV, p. 775), avoir été imprimée en 1486, et être presqu'en tout conforme à la rédaction de 1514. Camus, dans la Biblioth. de Droit, mentionne une édition gothique sans date et sans nom d'imprimeur, et une autre aussi gothique imprimée à Paris en 1500.

(3) T. III, p. 905 et 915.

Digitized by Google

lettres patentes du 28 janvier 1493 et du 15 mars 1497, qu'aucune d'elles put être décrétée. La mort le surprit au moment où il allait mettre le couronnement à l'œuvre qu'il avait poussée avec une grande vigueur et à quelques égards suivant une direction nouvelle.

Par les premières de ces lettres, données à Montils-lès-Tours (1), la forme des assemblées et le mode de la rédaction des cahiers furent déterminés, et il fut enjoint aux officiers de lieux d'envoyer au roi ces cahiers en forme due et authentique. Ainsi furent rédigées les coutumes de Chaumont et de Melun, en 1494; de Ponthieu, en 1494 et 1495; de Troyes, en 1494 et 1496; de Sens et de Boulenois, en 1495; d'Amiens, en 1496. Les coutumes de Sens et de Ponthieu, décrétées plus tard, et les cahiers des coutumes non décrétées de Troyes, de Chaumont et de Boulenois, sont imprimés dans le Coutumier général (2). Brodeau (3) possédait un manuscrit des coutumes de Montargis rédigées dans cette ville au mois d'avril 1494. Plusieurs autres coutumes, que l'impression n'a point conservées, ont dû être rédigées dans le même temps, puisqu'on voit bientôt après qu'il ne restait plus qu'à les publier. Enfin, c'est à cette époque que trois autres coutumes ont été rédigées sans la participation du roi de France : celle de Hainaut, en 1483, sous l'empereur Maximilien et Philippe Ier de Castille (4); celle de Nivernais et de Donziois, en 1490, par l'autorité du duc de Brabant, comte de Nevers (5); celle de Bourbonnais, en 1493 et 1494, en vertu de lettres du duc Pierre (6). Mais

(1) Coutum. génér., t. I, p. 25; t. III, p. 267, 371.

(2) Coutum. génér., t. I, p. 25, 81; t. III, p. 269, 373, 483.

(3) Note dans le Coutum. génér., t. III, p. 830.

(4) Coutum. génér., t. II, p. 1.

(5) Ratifiée le 28 juin 1494, et imprimée à Paris en 1503, suivant une note de Dumoulin; imprimée en 1518, suivant la Biblioth. du droit de Camus. — *Voy.* Coutum. génér., t. III, p. 1123, note *a*, et p. 1164.

(6) Coutum. génér., t. III, p. 1208 et suiv.

Digitized by Google

ces deux dernières, pour devenir obligatoires et exclure la preuve par turbes, avaient besoin de la confirmation du roi, aussi bien que les coutumes rédigées directement par son ordre. Car le fait de la conversion des coutumes en loi écrite était de droit royal, comme tout autre acte législatif.

Les coutumes, ainsi rédigées dans les assemblées locales, furent envoyées au roi par les baillis, sénéchaux et autres officiers. Thibaut Baillet, président au parlement de Paris; Guillaume Dauvet, maître des requêtes ordinaire de l'hôtel; Nicole de Hacqueville et Etienne de Poncher, présidens aux enquêtes; Philippe Simon, Guy Arbalêtre et Guillaume de Besançon, conseillers; Jean Lemaître et Guillaume Volant, avocats du roi au parlement, commis par lettres patentes données à Lyon, le 19 janvier 1495 (1), sur le fait des coutumes, en examinèrent les cahiers et en donnèrent leur avis par écrit. Cet avis devait être vu à son tour par le premier président Jean de la Vacquerie, assisté de plusieurs conseillers au parlement et de quelques uns des premiers commissaires. Mais des difficultés s'élevèrent dans cette communication, des lenteurs interminables s'ensuivirent, et le roi, pour y porter remède, ordonna, après la mort de la Vacquerie, par ses lettres d'Amboise, du 15 mars 1497 (2), que toutes les coutumes qui auraient été vues par les premiers commissaires, soit que la communication eût eu lieu ou non, et toutes celles qui seraient vues par eux à l'avenir, seraient immédiatement publiées sur les lieux. Deux d'entre eux devaient se rendre à cet effet dans chaque bailliage, sénéchaussée ou autre juridiction du royaume, y assembler de nouveau les trois états, et accor-

(1) Excepté le dernier, Guillaume Volant, qui fut adjoint depuis. *Voy.* Coutum. génér., t. IV, p. 639.

(2) *Voy.* le procès-verbal de l'ancienne coutume de Touraine, à la fin. Coutum. génér., t. IV, p. 639.

Digitized by Google

der les difficultés qui s'étaient élevées du consentement de ceux-ci ou de la plus grande et saine partie. Les difficultés qui ne pourraient être facilement vidées de la sorte, devaient être rédigées par écrit et renvoyées à la cour de parlement, qui prononçait définitivement dans ce cas (1).

Ces lettres si importantes sont encore remarquables parce qu'on y trouve la première trace du désir de modifier les coutumes en même temps qu'on les rédigeait. On y rappelle que les officiers des lieux chargés de rédiger les coutumes avec les praticiens et les gens des trois états, devaient aussi donner leur avis de ce qu'il leur semblerait y devoir être corrigé, ajouté, diminué ou interprété : disposition qui ne se trouve pas cependant dans les lettres de 1493 qu'on semble vouloir rappeler ici.

Charles VIII renouvela par ses lettres du 2 septembre (2) l'ordre qu'il avait déjà donné aux commissaires de procéder à la publication des coutumes, mais il mourut à Amboise le 7 avril 1497 avant Pâques, et ses lettres restèrent sans exécution. Louis XII, préoccupé d'autres affaires, ne put reprendre aussitôt les errements de son prédécesseur. Toutefois deux des commissaires, Baillet et de Besançon, se rendirent à Moulins par l'ordre du roi, et y publièrent le 19 septembre 1500 les coutumes de Bourbonnais, rédigées précédemment de l'autorité du duc (3).

Ici finit donc, dans l'histoire de la rédaction officielle des coutumes, la période des travaux préparatoires.

Deuxième période.

Louis XII ne pouvait rester long-temps sans donner la plus sérieuse attention à cette grande entreprise qui répon-

(1) On pouvait aussi appeler au parlement de la décision des commissaires.

(2) *Voy.* les procès-verbaux des anciennes coutumes de Melun et de Sens. Coutum. génér., t. III, p. 427, 483.

(3) Coutum. génér., t. III, p. 1207. — Les coutumes de Faye la Vineuse furent rédigées en 1498.

Digitized by Google

dait aux idées d'ordre et de régularité sur lesquelles s'appuyait de plus en plus la monarchie, et qui mit fin au moyen-âge, dans la sphère du droit civil, en faisant prédominer la législation par la coutume. Par ses lettres d'édit données à Blois le 4 mars 1505(1), il renouvela les lettres de Charles VIII et en ordonna l'exécution: les commissaires établis par son prédécesseur sur le fait des coutumes, furent confirmés par lui, en substituant toutefois Christophe de Carmone, président au parlement, Germain Chartelier, conseiller, Jacques Olivier, avocat du roi, et le procureur général Jean Burdelot, à Hacqueville, Poncher, Simon et Volant, décédés, ou pourvus d'autres emplois. Il fut enjoint à ces commissaires de voir les coutumes qui ne l'auraient pas été encore et de publier toutes celles qui auraient été vues, suivant la forme prescrite par Charles VIII. Enfin, comme dans quelques bailliages, sénéchaussées et autres pays et juridictions, les coutumes n'avaient point encore été rédigées et rapportées devant le roi, ou, si elles l'avaient été, ne se retrouvaient point, les commissaires eurent ordre d'enjoindre aux officiers des lieux de procéder à cette rédaction dans le délai de deux mois au plus après la réception des commissions qui leur seraient envoyées par le roi et par les commissaires.

Grâce aux dispositions de ces lettres, ce grand travail fut repris avec une activité nouvelle, et à Louis XII appartient la gloire d'avoir doté le royaume des premières coutumes rédigées officiellement et revêtues de la sanction du législateur.

L'exécution des lettres de 1505 embrasse deux ordres de faits, la rédaction des coutumes qui ne l'avaient point été encore, et la publication des coutumes rédigées. Cette même année 1505, les coutumes du Perche furent rédigées en vertu de lettres spéciales du roi, envoyées au duc d'Alençon, comte du Perche, et du mandement de la duchesse

(1) Coutum. génér., t. IV, p. 638.

Digitized by Google

douairiaire d'Alençon, ayant le bail du duc son fils (1). Les coutumes de Bar-le-Duc furent rédigées en 1506 (2). L'année suivante, une assemblée fut tenue à Tours pour rédiger d'une manière plus complète qu'elles ne l'avaient été précédemment les coutumes de la province (3). Les coutumes générales d'Amiens et beaucoup de locales de Picardie et d'Artois (4), celles de Gerberoi (5), de Péronne (6) et d'Auxerre furent aussi rédigées en 1507 (7).

Par suite de ces travaux préparatoires et de ceux du règne précédent, il y avait un grand nombre de coutumes qu'il ne restait plus qu'à publier. Leur publication fut successivement ordonnée par de nouvelles lettres du 23 mai 1506, pour les coutumes de Paris, Meaux, Melun, Montargis et Sens (8); du 2 avril de la même année, avant Pâques, pour celles de Chartres, d'Orléans, de Touraine, d'Anjou et du Maine (9); du 2 septembre 1508 pour celles de Chartres, d'Anjou et du Maine, à cause de la surannation des précédentes avant leur pleine exécution (10); du 18 septembre 1509 pour celles d'Orléans, de Vitry, de Chaumont et de Troyes (11); enfin, du 21 janvier 1510, pour celles de Paris (12).

(1) Coutum. génér., t. III, p. 633.

(2) Coutum. génér., t. II, p. 1018.—Il y eut aussi en 1506 une assemblée à Senlis. *Ibid.*, p. 737.

(3) Coutum. génér., t. IV, p. 599.

(4) Coutum. génér., t. I, p. 113 et passim.

(5) Coutum. génér., t. I, p. 222.

(6) Coutum. génér., t. II, p. 593.

(7) Celles d'Auxerre l'avaient même été en partie dès avant. *Voy.* le procès-verbal de l'anc. cout. d'Auxerre, Coutum. génér., t. III, p. 587.

(8) Coutum. génér., t. III, p. 427.

(9) Coutum. génér., t. IV, p. 628.

(10) Coutum. génér., t. III, p. 727. Il y a aussi de nouvelles lettres générales de même date. *Ibid.*, p. 732.

(11) Coutum. génér., t. III, p. 255, 328, 363, 761. Lettres générales de même date. *Ibid.*, p. 772.

(12) Coutum. génér., t. III, p. 16. Lettres générales de même date, *Ibid.*, p. 26.

Digitized by Google

La publication des coutumes de Melun et de Sens eut lieu en effet en 1506 par les commissaires Baillet et de Besançon (1). Carmone et Cartelier commencèrent la même année la publication des coutumes de Ponthieu rédigées dès 1495; mais elles ne furent décrétées, ainsi que les coutumes d'Amiens, qu'en 1507 par Carmone et de Besançon, substitué à Cartelier en son absence (2). Cette même année 1507, la coutume de Touraine fut publiée par Baillet et Burdelot (3); en 1508, celles de Chartres et Dreux, d'Anjou et du Maine par Baillet et par Jean Lelièvre, conseiller au parlement, nouvellement commis sur le fait des coutumes ainsi que Roger Barme, avocat du roi (4). Baillet et Barme publièrent en 1509 les coutumes de Troyes, Vitry, Chaumont et Meaux (5), et en 1510 celle de Paris (6). Deux autres commissaires, Etienne Buynard, conseiller au parlement, et Guillaume Roiger procureur général, avaient procédé en 1509 à la publication de celles d'Orléans (7). Après la publication des coutumes, et le décret, qui se faisait ordinairement en même temps, les commissaires en rapportaient le cahier et le procès-verbal au parlement, et laissaient un double sur les lieux. Les coutumes apportées au parlement, y étaient déposées au greffe, et celles qui n'y avaient point été reçues, n'étaient admises en parlement qu'à titre de renseignement, quoiqu'elles fussent observées dans les tribunaux du pays du jour de leur publication. La publication des coutumes d'Auxerre paraît avoir eu lieu (8), quoique

(1) Coutum. génér., p. 427, 504.

(2) Coutum. génér., t. I, p. 103, 136.

(3) Coutum. génér., t. IV, p. 621.

(4) Coutum. génér., t. III, p. 726; t. IV, p. 519, 584. *Voy.* la commission de Lelièvre et Barme. *Ibid.*, t. III, p. 727.

(5) Coutum. génér., t. III, p. 254, 327, 361, 398.

(6) Coutum. génér., t. III, p. 15.

(7) Coutum. génér., t. III, p. 759.

(8) Cela semble résulter des lettres de Henri II, pour la rédaction de la nouvelle coutume d'Auxerre. Coutum. génér., t. III, p. 611.

Digitized by Google

l'acte s'en soit perdu. Les coutumes de Montargis, quoique rédigées depuis long-temps, ne furent publiées que beaucoup plus tard, et il ne paraît pas que celles du Perche, de Péronne, de Gerberoi, et de Bar-le-Duc, quoique, insérées au Coutumier général, aient été décrétées, non plus que celles de Chauny, rédigées et accordées en 1510 (1).

Cette même année 1510 furent rédigées et publiées les coutumes d'Auvergne. Le mandement qui, dès le règne de Charles VIII, avait été adressé au bailli de Montferrand pour la rédaction de cette coutume, était resté sans exécution, et un autre mandement adressé par Louis XII à la duchesse de Bourbonnais et d'Auvergne ne servit qu'à faire naître un différend entre le procureur du roi en Auvergne et le procureur de la duchesse, chacun d'eux prétendant que la rédaction des coutumes était de sa compétence. Par des lettres du 19 décembre 1508, Louis XII commit le premier président, depuis chancelier Duprat, et les conseillers au parlement Louis Dorille et Jean Briçonnet, pour procéder eux-mêmes tant à la rédaction qu'à la publication des coutumes d'Auvergne. L'une et l'autre n'eurent lieu toutefois qu'en 1510, après que de nouvelles lettres eurent été données à cause de la surannation des premières, et que le conseiller Louis Picot eut été substitué à ses deux collègues (2). L'arrêt d'autorisation des coutumes d'Auvergne fut donné par le parlement le 1er mars 1510.

Sur la fin du règne de Louis XII, les coutumes de La Rochelle, Angoumois et Poitou furent rédigées en 1514, et publiées la même année par les commissaires Baillet et Barme (3). Le lieutenant-général du bailliage de Saint-Pierre-le-Moutier, maître Guillaume Bourgoin commença aussi en 1514 à rédiger les coutumes du bailliage, mais

(1) Coutum. génér., t. I, p. 222 (Gerberoi); t. II, p. 593 (Péronne); 663 (Chaulny), et 1015 (Bar-le-Duc); t. III, p. 633 (Perche).

(2) Coutum. génér., t. IV, p. 1214 et suiv.

(3) *Voy.* ces coutumes, Coutum. génér., t. IV.

Digitized by Google

cette rédaction, attestée par une note de Dumoulin et par le procès-verbal de la coutume de Nivernais (1), resta sans être homologuée. Enfin c'est en 1514 que le premier président Mondot de la Marthonnie et le conseiller Compagnet d'Armandarits furent commis par le roi à la rédaction et publication des coutumes du ressort du parlement de Bordeaux. Mais ils ne firent rédiger que les coutumes de la sénéchaussée de Lannes, savoir : les coutumes de Saint-Sever, Dax, Bayonne, Labour, et vraisemblablement aussi celles de Marsan, Tursan et Gabardan (2). François Ier commit plus tard François Belcier, premier président au parlement de Bordeaux, à la publication des coutumes de Bordelais, Saintonge et Bazadois. Belcier ne publia les coutumes de Bordeaux qu'en 1521 (3) ; tandis que d'autres commissaires, savoir: le président Bohier, le conseiller la Chassaigne, et l'avocat général Cousinier, qui lui avaient été substitués pour le Bazadois et la Saintonge, publièrent les coutumes de cette dernière province au siége de Saint-Jean-d'Angeli, dès l'année précédente (4). Le conseiller Dibarolla publia aussi en 1520 les coutumes du pays de Soule (5).

Le changement de règne occasiona aussi quelques retards dans la rédaction et publication des coutumes du ressort du parlement de Paris. Les coutumes de Loudunois, rédigées par ordre de Louis XII, ne furent publiées qu'en août 1518, par Charles de la Mothe, conseiller ordinaire du roi en son grand conseil, en vertu de nouvelles lettres de François Ier, données le 23 janvier de l'année précédente (vieux style) (6). Le 7 août 1520, François Ier donna, à la de-

(1) Coutum. génér., t. III, p. 1123 et 1169.

(2) *Voy.* ces coutumes dans le Coutum. gén., t. IV, et le procès-verbal des coutumes de Saint-Jean-d'Angely, *Ibid.*, p. 863.

(3) Coutum. génér., t. IV, p. 889.

(4) Coutum. génér., t. IV, p. 863-864.

(5) Coutum. génér., t. IV, p. 979 et 1001.

(6) Coutum. génér., t. IV, p. 711 et 738.

Digitized by Google

mande de la duchesse de Bourbonnais et d'Auvergne, comtesse de la Marche, des lettres adressantes à Roger Barme, président, et Nicole Brachet, conseiller au parlement, pour la réformation des coutumes de Bourbonnais et la publication de celles de la Marche : ces dernières avaient été rédigées dans plusieurs assemblées; quant à celles de Bourbonnais, plusieurs articles avaient été omis dans la première rédaction, et, en en faisant la publication, on avait négligé d'interdire aux avocats et aux parties de poser d'autres coutumes que celles contenues dans le livre coutumier. Barme et Brachet s'acquittèrent de leur double commission aux mois de mars et avril suivans, tant avant qu'après Pâques (1520 et 1521) (1). C'est en 1523 que le même Barme, assisté cette fois de Jean Prevôt, conseiller au parlement, publia les coutumes de Blois tant générales que locales, en vertu de lettres du 26 février précédent (1522). Barme, étant mort avant d'avoir pu signer les procès-verbaux des coutumes de la Marche et de Blois, qu'il avait fallu mettre au net, le parlement commit le président Antoine Leviste pour les signer en son lieu et place (2).

Les commissaires André Guillard et Jacques Allegrin, conseillers au parlement, révisèrent et publièrent en 1531 les coutumes de Montargis, rédigées sous Charles VIII (3); le même Guillard, devenu maître des requêtes de l'hôtel du roi, et Nicole Thibault, procureur général, publièrent, en 1539, les coutumes de Senlis, de Clermont en Beauvaisis et de Valois (4). Cette même année, le premier pré-

(1) Coutum. génér., t. III, p. 1283; t. IV, p. 1135. — Les coutumes nouvellement introduites et les abrogations de coutumes anciennes, consenties par les états de la Marche et du Bourbonnais, mais dont les commissaires avaient réservé la confirmation au roi, furent autorisées par lettres du 13 mars 1521. *Ibid.*, t. III, p. 1302; t. IV, p. 1146.

(2) Coutum. génér., t. III, p. 1099, 1100, 1118.

(3) Coutum. génér., t. III, p. 856.

(4) Coutum. génér., t. II, p. 733, 777, 811. On prit pour base de la ré-

Digitized by Google

sident Pierre Lizet et le conseiller au parlement Pierre Mathé procédèrent à la rédaction et publication des coutumes de Berry, en vertu de lettres données le 25 mars 1528, à la demande de la duchesse de Berry. Les lettres d'homologation de ces coutumes sont du 5 janvier 1539, et un arrêt du parlement du 8 juin 1540 jugea une partie des difficultés que les commissaires n'avaient pu vider lors de la publication (1). Plusieurs coutumes locales de Berry et de Lorris furent rédigées par les officiers des lieux en 1534 et 1539 (2). C'est aussi en 1534 que la coutume de Nivernais fut définitivement rédigée et publiée par les conseillers au parlement Louis Rouillart et Guillaume Bourgoin, commis par le roi à la demande de la comtesse de Nivernais : car les rédactions antérieures (3) n'avaient pas été décrétées en due forme, et on avait continué à se pourvoir par preuve de témoins en turbe.

Enfin, la dernière coutume rédigée sous le règne de François Ier fut celle de Bretagne en 1539. La publication eut lieu à Nantes, les 21, 22 et 23 octobre, en vertu de lettres patentes données le 16 août précédent par François Ier, comme père, légitime administrateur et usufructuaire du dauphin, duc et seigneur propriétaire de Bretagne. Les commissaires étaient François Crespin, président au parlement de Rennes, Nicole Quélain, président des enquêtes à Paris, Martin Ruzé, conseiller au parlement de Paris, Pierre d'Argentré, sénéchal de Rennes, et Pierre Marec, maître des requêtes de Bretagne, tous conseillers au parlement de Bretagne (4).

daction des coutumes de Valois, le cahier ancien desdites coutumes, dressé à une époque inconnue. Procès-verbal, p. 814.

(1) Coutum. génér., t. III, p. 972, 988, 990.

(2) *Voy.* ces coutumes, Coutum. génér., t. III.

(3) Il y en avait deux, celle de 1490, et une autre faite en vertu des lettres de Charles VIII et Louis XII, sans parler de celle de Saint-Pierre-le-Montien. *Voy.* le procès-verbal, Coutum. génér., t. III, p. 1164.

(4) Coutum. génér., t. IV, p. 333.

Digitized by Google

Le rival de François Ier, l'empereur Charles-Quint, fut ainsi son émule pour la rédaction des coutumes. Il avait hérité des domaines de la maison de Bourgogne dans les Pays-Bas, et la souveraineté de l'Artois, dont il était déjà propriétaire, avait dû lui être cédée par le traité de Madrid (1525). Il rendit en 1531 une ordonnance pour la rédaction de toutes les coutumes dans ses *pays de Par-Deçà* (1). En conséquence, les coutumes de la ville de Lille, les générales de Hainaut et les particulières du ressort de Mons, furent confirmées en 1533; celles d'Ypres et de Malines le furent en 1535, et plusieurs coutumes locales d'Artois furent rédigées cette même année (2). Les coutumes générales de cette province avaient été rédigées et accordées dans l'assemblée des états, dès 1509, « sous l'autorité de l'archiduc d'Autriche, comte de Flandre et d'Artois, du temps que ces comtés étaient encore, selon leur ancienne origine, du ressort du parlement de Paris (3)». Mais ces coutumes n'avaient point été décrétées; elles le furent, avec quelques additions et changemens, en 1540, par un placard d'homologation de Charles-Quint. Une nouvelle rédaction de ces coutumes générales fut confirmée et publiée en 1544, sans préjudice toutefois des coutumes locales (4). Les coutumes de Valenciennes et de Grandmont (en Flandre) furent confirmées en 1540, celles de la ville de Saint-Pol en 1548, le style de cette ville en 1550, les coutumes de Tournay et de Renaix en 1552. Ces coutumes, rédigées sur les lieux, étaient examinées d'abord par le conseil de la province, puis par le grand conseil, et enfin publiées de nouveau sur les lieux après leur confirmation par les lettres patentes de l'empereur.

(1) *Voy.* Coutum. génér., t. I, p. 253.

(2) Celles des pays de l'Aleue furent déclarées en 1543. *Voy.* toutes ces coutumes et les suivantes, Coutum. génér., t. I et II.

(3) Coutum. génér., t. I, p, 243.

(4) Coutum. génér., t. I, p. 253, 255.

Digitized by Google

Troisième période.

Il est temps de revenir aux coutumes rédigées par l'autorité des rois de France depuis la mort de François Ier jusqu'à l'avénement de Henri IV. Dans cette nouvelle période on voit bientôt, aux coutumes publiées pour la première fois, se joindre la réformation de celles qui avaient été une fois déjà non seulement rédigées, mais publiées et décrétées en due forme.

L'ancienne coutume de Boulenois n'avait point été publiée comme il appartenait (1); elle fut rédigée de nouveau et publiée en 1550, par Nicolas Dupré, maître des requêtes de l'hôtel, et Jean Aymery, lieutenant du sénéchal de Boulenois, en vertu de lettres patentes du roi Henri II, données le 1er août de cette année. La rédaction des coutumes de Châteauneuf en Thimerais avait été commencée en vertu de lettres du 17 novembre 1547; de nouvelles lettres du 14 août 1552 ordonnèrent à Antoine du Lion, Robert de Harlay, conseillers au parlement, et Christophe de Hérouard, lieutenant général au bailliage de Chartres, de reprendre les travaux commencés; et la publication de ces coutumes eut lieu la même année (2). Les coutumes de Béarn furent rédigées en 1551, et autorisées la même année par les lettres patentes de Henri, roi de Navarre et seigneur de Béarn (3).

C'est en 1555 que se trouve le premier exemple d'une coutume véritablement nouvelle et réformée : toutefois ce fut une circonstance fortuite qui motiva cette réformation, et non le désir d'apporter aucun changement aux dispositions mêmes de la coutume, quoique des changemens de cette nature dussent aisément en résulter ensuite. C'est aussi à partir de cette année que l'on voit le président Christophe

(1) Procès-verbal de la nouvelle coutume, dans le Coutum. génér., t. I, p 71.
(2) Coutum. génér., t. III, p. 692.
(3) Coutum. génér., t. IV, p. 1071.

Digitized by Google

de Thou, occupé pendant 25 ans, comme principal commissaire, de la rédaction et de la réformation des coutumes.

Les lettres patentes du 17 août 1555 (1) nous apprennent que le procès-verbal des anciennes coutumes de Sens avait été perdu et adiré, de sorte qu'il n'y avait aucun moyen de constater d'une manière authentique les articles de ces coutumes qui avaient été accordés ou discordés par les états lors de leur publication, et de résoudre les autres difficultés que l'interprétation de ces coutumes pouvait faire naître. On avait donc été contraint, comme par le passé, de vérifier les articles de coutumes par turbes de témoins, ce qui avait fait continuer tous les abus et inconvéniens auxquels la rédaction des coutumes et leur conversion en lois devaient porter remède. Ces lettres patentes chargeaient en conséquence le président de Thou, le conseiller au parlement Barthélemy Faye et l'avocat du roi Gilles Bourdin, de procéder à une nouvelle rédaction et publication des coutumes de Sens, ce qui eut lieu en effet au mois de novembre de cette même année.

Il fut ordonné aux mêmes commissaires, par lettres du 19 août 1556, de publier les coutumes de Vermandois, de Montfort, Mantes, Meulan et Étampes, qui n'avaient pas été rédigées encore, celles de Poitou et d'Auxerre, déjà rédigées, mais dont les procès-verbaux avaient été perdus, et généralement toutes celles des provinces et siéges ressortissant au parlement de Paris (2). Par autres lettres du 15 septembre de la même année, le conseiller au parlement Jacques Viole fut substitué à Bourdin, retenu à Paris pour les affaires du roi (3). Les commissaires de Thou, Faye et Viole publièrent en 1556 les coutumes d'Étam-

(1) *Voy.* le procès-verbal des nouvelles coutumes de Sens, Coutum. génér., t. III, p. 530.

(2) Coutum. génér., t. II, p. 539.

(3) Coutum. génér., t. II, p. 540.

Digitized by Google

pes, de Montfort, de Mantes et Meulan (1), de Vermandois et de Dourdan, et en 1558, celles du Grand-Perche, en vertu de nouvelles lettres spéciales du 8 août de la même année (2).

Les lettres de Henri II, du 12 février 1558 portent que les coutumes du Maine, d'Anjou et de Touraine, avaient été déjà rédigées précédemment, mais que les procès-verbaux étaient chargés de plusieurs renvois à la cour de parlement (3), et que plusieurs différends étaient nés sur l'interprétation des articles; ce qui obligeait de procéder par turbes; et que dans d'autres provinces, notamment au bailliage de Melun, il s'était trouvé plusieurs coutumes dures, iniques et déraisonnables. En conséquence, les mêmes commissaires devaient se rendre dans les villes de Melun, du Mans, Tours, Angers, Poitiers, La Rochelle, Loudun, Auxerre et autres, pour y rédiger de nouveau les coutumes (4). La mort de Henri II survint avant l'exécution de ses lettres, et malgré leur renouvellement par François II, en date du 24 juillet 1559 (5), les coutumes du Maine, d'Anjou, de La Rochelle et de Loudunois ne furent point réformées depuis leur première rédaction des années 1508, 1514 et 1518. Les nouvelles coutumes de Touraine et de Poitou furent publiées par de Thou, Faye et Viole en 1559, celles de Melun en 1560 et celles d'Auxerre en 1561 (6). Pour les coutumes d'Auxerre, il y avait eu de nouvelles lettres de Charles IX, données le 5 janvier et le 29 mars 1560, avant Pâques; ces dernières

(1) C'est la nouvelle coutume; il y a un Coutumier de Mantes plus ancien, sans date.

(2) Coutum. génér., t. II, p. 539; t. III, p. 106, 132, 154, 196, 661;

(3) A cause des difficultés élevées lors de la rédaction.

(4) *Voy.* ces lettres, Coutum, génér., t. III, p. 458.

(5) Coutum. génér., t. III, p. 459.

(6) Coutum. génér., t. III, p. 458 et 610; t. IV, p. 675, 818.

Digitized by Google

renouvelaient aussi les lettres des 1er juillet et 13 septembre de la même année (1), par lesquelles François II avait ordonné la publication des coutumes de Péronne, Montdidier et Roye, non encore arrêtées (2), et la réformation de celles d'Amiens. Les coutumes de Péronne et celles d'Amiens furent publiées en 1567, par les commissaires de Thou, Faye et Viole (3). C'est encore en 1567, que le bailli souverain d'Ardres, en vertu de la commission du bailli d'Amiens, avait rédigé, dans une assemblée des états et des praticiens, les coutumes du comté de Guines, pour les rapporter ensuite devant les commissaires chargés de décréter les coutumes générales et locales du Bailliage d'Amiens. On ne voit pas que ces coutumes de Guines aient jamais été décrétées (4).

C'est enfin sous Charles IX que les coutumes du duché de Bourgogne, rédigées dès 1459 par l'autorité du duc de Bourgogne, furent réformées et interprétées par ordre du roi. Le président au parlement de Dijon, Jean de La Guesle, aidé de quelques conseillers, s'était occupé de cette réformation, en vertu de lettres de 1562 et 1567; mais ayant été appelé à Paris en qualité de procureur général, de nouvelles lettres du 12 avril 1570 chargèrent Fiacre Hugon de La Reynie, président, Jacques de Vintimille et Jean Begat, conseillers au parlement de Dijon, d'achever le travail commencé par lui, et de tenir l'assemblée des états qui eut lieu cette même année pour la réformation de la coutume. L'arrêt d'homologation fut rendu par le parlement de Dijon le 15 décembre 1575 (5).

(1) *Voy.* toutes ces lettres, Coutum. génér., t. I, p. 200; t. II, p. 643; t. III, p. 612.

(2) L'ancienne coutume de Péronne n'est qu'un projet, et n'avait pas été décrétée. *Voy.* Dumoulin et Ricard sur la nouvelle. Coutum. génér., t. II, p. 627.

(3) Coutum. génér., t. I, p. 200; t. II, p. 642.

(4) Coutum. génér., t. I, p. 236.

(5) Coutum. génér., t. II, p. 1182.

Digitized by Google

Charles IX accorda encore des lettres patentes pour la rédaction des coutumes de la ville de Metz et du pays Messin, sur la plainte que lui portèrent, en 1569, les trois Etats, de ce que, sous prétexte de débrouiller en quelque sorte la confusion que le siége de 1552 avait produite, certaines ordonnances avaient été publiées par le maître échevin, le conseil et les treize; ordonnances dont l'observation anéantissait les anciennes coutumes de la ville et du pays (1). Mais ces lettres ne reçurent alors aucune exécution, non plus que les nouvelles lettres de Henri III, données en 1578.

Le règne de Henri III, vit la rédaction ou la réformation de quelques coutumes importantes. Les lettres du 12 mai 1575 ordonnèrent la réformation de la coutume de Bretagne, à cause de l'obscurité de l'ancienne. Plusieurs assemblées préparatoires eurent lieu cette année même; mais les guerres civiles obligèrent de remettre jusqu'en 1580 l'assemblée des Etats où devait se faire la publication définitive. Elle fut tenue au mois de mai, en vertu de nouvelles lettres du 6 avril, par les commissaires René de Bourgneuf, premier président, Pierre Brullon et Bertrand Glé, conseillers au parlement de Bretagne, Nicolas Alixant, président aux enquêtes dudit parlement, et d'Argentré, sénéchal de Rennes (2).

La coutume de Normandie n'avait jamais été consignée que dans l'ancien grand Coutumier, remontant au treizième siècle, et qui, outre qu'il n'était revêtu d'aucune autorité législative, contenait beaucoup de dispositions tombées en désuétude, et ne donnait aucun éclaircissement sur les usages introduits depuis trois siècles (3). La rédaction officielle des coutumes de cette grande province fut enfin ordonnée par les lettres du 22 mars 1577. Plusieurs assem-

(1) Coutum. génér., t. II, p. 395.
(2) Coutum. génér., t. IV, p. 418.
(3) Coutum. génér., t. IV, p. 111.

Digitized by Google

blées préparatoires eurent lieu, tant à Rouen que dans les diverses localités, avant que la publication pût avoir lieu à Rouen, en 1583. Les commissaires étaient Jacques de Bauquemare, premier président, Hemery Bigot, premier avocat du roi et plus tard président, Robert le Roux et Marian de Martimbos, conseillers au parlement de Normandie, enfin Guillaume Vauquelin, qui remplaça Bigot dans les fonctions de premier avocat du roi. Ces coutumes générales de Normandie furent homologuées par arrêt du conseil du 7 octobre 1585 et par lettres patentes du 14 octobre suivant (1). Les coutumes locales de Normandie furent rédigées en 1586 (2).

Dès avant avait eu lieu la réformation de la coutume de Paris en 1580, par les commissaires de Thou, premier président, Claude Anjorrant, Mathieu Chartier, Jacques Viole et Pierre de Longueil, conseillers au parlement, en vertu de lettres du 15 décembre 1579; et la réformation de la coutume d'Orléans en 1583, par Achille de Harlay, premier président, Jacques Viole et Nicolas Perrot, conseillers au parlement, en vertu de lettres du 15 mars de la même année (3). La rédaction des coutumes du comté d'Eu avait eu lieu aussi en 1580 par le lieutenant particulier de la sénéchaussée de Ponthieu, sous-délégué des commissaires de Thou, Larcher et Vignolles, président et conseillers au parlement, et en vertu des lettres données par Henri III, à la demande du duc de Guise, comte d'Eu (4). Les coutumes de Calais et des Pays Reconquis, furent publiées en 1583 par Barnabé Brisson, président au parlement, et Antoine Jacomel, président et juge général de la justice de Calais (5).

(1) Coutum. génér, t. IV, p. 127.
(2) Coutum. génér., p. 129.
(3) Coutum. génér., t. III, p. 56 et 808.
(4) Coutum. génér., t. IV, p. 166.
(5) Coutum. génér., t. I, p. 18.

Digitized by Google

Avec le règne de Henri III, s'arrête, ou peu s'en faut, le grand travail de la rédaction officielle des coutumes de France. Sous Henri IV et ses successeurs, il n'arriva plus que rarement qu'une coutume fût rédigée, quoiqu'il s'en fallût de beaucoup qu'elles eussent été rédigées et réformées partout où il en était besoin. En 1600, le titre des exécutions de la coutume de Normandie fut réformé (1). En 1609, les coutumes de Chauny furent rédigées de nouveau et cette fois publiées : des lettres patentes de Louis XIII les confirmèrent en 1611, et elles furent enregistrées au parlement en 1614 (2).

Henri IV avait donné de nouvelles lettres patentes pour la rédaction des coutumes de Metz, sur la demande réitérée par les États dans leur assemblée du 29 novembre 1602. Mais la rédaction ne fut terminée que plus tard, et la convocation des Etats pour la publication des coutumes eut lieu en 1611, en vertu de lettres de Louis XIII. Les coutumes ainsi rédigées furent imprimées d'autorité publique à Metz, en 1613 (3). Les coutumes locales de Châteaumeillant furent rédigées en 1648 (4). Les coutumes de Thionville en 1661 (5); quelques coutumes du pays de l'Aleue et celles de Richebourcq-Saint-Vaast en 1669; celles de Bapaume et de Richebourcq-l'Advoyé en 1670 (6). Les coutumes de Toul furent confirmées par lettres patentes de 1746. Enfin des coutumes de Barége et de quelques autres vallées et seigneuries dépendant du comté de Bigorre, furent rédigées en 1768 (7).

Il ne nous reste plus à parler que d'un certain nombre de coutumes de France et des Pays-Bas rédigées après le

(1) Coutum. génér., t. IV, p. 143.
(2) Coutum. génér., t. II, p. 691 et suiv.
(3) Coutum. génér., t. II, p. 395 et 410.
(4) Coutum. génér., t. III, p. 995.
(5) Coutum. génér., t. II, p. 355.
(6) Coutum. génér., t. I, p. 377, 391, 452.
(7) Bibl. de droit de Camus.

Digitized by Google

milieu du seizième siècle d'une manière indépendante de l'autorité des rois de France, par les rois d'Espagne et archiducs d'Autriche, par les ducs de Lorraine et de Bar, par les évêques de Metz, de Liége et de Cambrai, par les princes souverains de Bouillon et de Sedan.

Après l'abdication de Charles-Quint, Philippe II, roi d'Espagne, avait continué de faire rédiger et de confirmer les coutumes des pays de Par-Deçà qui ne l'avaient pas été encore : celles de Courtrai le furent en 1557, celles de Saulty en 1561, de Gand et de Ninove en 1563, de Namur en 1564, de la Salle de Lille en 1565, de Ham en 1570, du pays de l'Angle et 1586, de Binch en 1589 (1). Les archiducs Albert et Isabelle-Claire-Eugénie, infante d'Espagne, rendirent en 1611 leur édit perpétuel (2), dont l'article premier ordonnait de nouveau que toutes les villes et châtellenies qui, depuis 1540, avaient négligé d'obtenir le décret et homologation de leurs coutumes, les fissent rédiger, afin qu'après avoir été examinées successivement par le conseil de leur province et par le conseil privé des archiducs, elles fussent confirmées par ceux-ci. Dès avant, de nouvelles coutumes du pays de l'Angle et celles de Nyelles-lès-Boulenois, avaient été rédigées en 1601, celles d'Estaires en 1605. Celles du pays de l'Aleue, d'Ostende et de Nivelle, le furent en 1611, celles de la ville de Saint-Omer, d'Escoult de Chimay, de Mazengarbe et de Desseldonk en 1612, celles de Cassel en 1613, de Bourbourg, de Furne et d'Oudenarde en 1615, de Nieuport en 1616, d'Orchies et de Bergues-Saint-Winox en 1617, d'Alost et de Waes en 1618, de la ville de Bruges, du Franc, d'Ecloo, d'Assenède, de la ville d'Ypres, ainsi que les nouvelles coutumes de Hainaut et de Valenciennes, en 1619; enfin celles de Poperingue en 1620. La plupart de ces coutumes furent

(1) *Voy.* toutes ces coutumes et les suivantes, Coutum. gén., t. I et II.
(2) Coutum. génér., t. I, p. 459.

Digitized by Google

aussi confirmées par les archiducs. Philippe IV, roi d'Espagne, poursuivit l'exécution de l'édit perpétuel de 1611. Il confirma les coutumes de Lessines en 1622, de Luxembourg en 1623, de Rousselare en 1624, de la Gorgue en 1626, de Hesdin et de Douai en 1627, de Termonde en 1628 et 1629, de Bouchaute en 1630, de Saint-Pol en 1631, de Bailleul en 1632. Enfin, les coutumes de la cour féodale de Bruges furent confirmées beaucoup plus tard, en 1667, par Charles II, roi d'Espagne.

Dans les Pays-Bas se trouvait comme enclavé le temporel de l'archevêché de Cambrai et de l'évêché de Liége. L'archevêque duc de Cambrai, Louis de Berlaymont, fit rédiger et publier en 1574 les coutumes du Cambrésis. Ernest, évêque de Liége et duc de Bouillon, publia en 1582 des ordonnances et statuts sur le réglement de la justice en son pays de Liége; un de ses successeurs, Ferdinand, fit rédiger en 1628 les coutumes du duché de Bouillon, et en 1642 celles de Liége. C'est en 1568, que les coutumes de la principauté de Sedan furent rédigées par ordre de Henri-Robert de la Marck, duc de Bouillon et seigneur souverain de Sedan. Les coutumes de l'évêché de Metz furent rédigées en 1601.

Le concordat passé en 1571 entre le roi Charles IX et le duc Charles de Lorraine, accordait au duc de Lorraine le pouvoir de faire dans le duché de Bar des ordonnances, coutumes et styles de justice, à la charge de l'appel (1). Cette même année 1571, le duc Charles décerna commission pour convoquer les états des bailliages de Bar-le-Duc, Saint-Mihiel, Clermont en Argonne et Bassigny (2), afin de procéder à la rédaction des coutumes de ces divers bailliages; celles de Clermont furent rédigées dès cette année-là même; celles de

(1) *Voy.* ce concordat et l'ordonnance du 8 août 1575, pour l'éclaircissement dudit concordat. Coutum. génér., t. II, p. 1040 et 1041.

(2) Coutum. génér., t. II, p. 869, 1031, 1150, 1058.

Digitized by Google

Bar en 1579, celles de Bassigny en 1580, celles de Saint-Mihiel en 1598. Des additions furent faites à cette dernière en 1607, et homologuées par le duc Henri, en 1609 (1). Les coutumes de Lorraine avaient été rédigées en 1594, celles de Gorze et de Marsal le furent en 1624 et 1627 (2).

Au terme de cette longue histoire de la rédaction officielle des coutumes de France, que le désir de nous resserrer dans les limites les plus étroites possibles nous a obligé de laisser dégénérer quelquefois en une assez aride nomenclature, quelques observations générales feront mieux ressortir encore le résultat indiqué en commençant, je veux dire la fixation précise tant des dispositions des diverses coutumes que des limites de leur territoire.

La Thaumassière a observé que toutes les coutumes, dans le Berry, étaient originairement locales : cette remarque, bien comprise, peut s'appliquer avec non moins de vérité à la France entière. Or la coutume a beau, dans son application locale et de chaque jour, offrir une certitude que la législation écrite n'égale pas toujours et surpasse rarement : pour le jurisconsulte postérieur, qui ne vit plus de la vie de l'époque et de la localité, pour l'historien du droit qui ne peut embrasser que les grandes masses, l'insuffisance des monumens et l'autorité toute particulière et locale de ceux qui subsistent, ne permettraient plus de retracer avec une certitude et une précision complètes la vive image des diversités coutumières, si la rédaction officielle n'était venue les fixer.

Dès avant la rédaction officielle des coutumes, leurs dispositions avaient été consignées dans de nombreux et précieux documens. Indépendamment de Pierre de Fontaines, des Etablissemens, de Beaumanoir et de quelques autres, les procès-verbaux mêmes de la rédaction des coutumes font

(1) Coutum. génér., t. II, p. 1066.
(2) Coutum. génér., p. 1073, 1191 et 1183.

Digitized by Google

mention d'anciens livres, papiers et registres coutumiers en Bourgogne, à Chaumont, dans le Bourbonnais, dans l'Auvergne, dans la Saintonge, à Bordeaux, à Senlis, à Clermont (en Beauvaisis), en Normandie et en Bretagne. Les uns étaient des ouvrages, des sortes de traités, où des particuliers s'étaient efforcés d'exposer les règles coutumières dont ils devaient la connaissance à leur expérience pratique; les autres étaient ce que Bouteiller appelle le livre coutumier du greffe (1), c'est-à-dire un recueil des coutumes tenues pour vraies en jugement, et enregistrées par le greffier par forme de mémorial. Ce livre coutumier du greffe n'avait aucune autorité obligatoire ni exclusive, telle que les coutumes rédigées officiellement en ont joui depuis. D'ailleurs c'étaient les coutumes les plus certaines et les plus fréquemment appliquées qui devaient s'y trouver le moins. Quant aux coutumiers rédigés par des particuliers, sous forme plus ou moins scientifique, il n'est que rarement possible de déterminer d'une manière précise dans quels lieux les dispositions qui y sont rapportées étaient ou non en vigueur. Il faut donc conclure de là que, si les coutumiers de l'époque féodale sont la véritable source de l'interprétation des coutumes postérieures et le correctif indispensable à l'application inexacte qu'on pourrait vouloir faire de celles-ci aux temps qui les ont précédées, ces coutumiers à eux seuls seraient tout-à-fait impuissans à nous donner des institutions coutumières autre chose que leurs principes les plus généraux. Les diversités locales nous échapperaient en grande partie, et là même où il en resterait des traces, il serait impossible d'en assigner exactement le territoire.

Lors de la rédaction officielle des coutumes, au contraire, les États durent faire connaître toutes leurs coutumes tant générales que locales, à peine de déchéance. Les

(1) Somme rural, liv. Ier, ch. 2.

Digitized by Google

commissaires leur faisaient même prêter « le serment en tel cas requis et accoutumé, à savoir, qu'en leurs loyautés et consciences ils rapporteraient ce qu'ils savaient et avaient vu garder et observer des coutumes, cessant toute affection privée et particulière, et ayant seulement égard à ce qui est bon en commun et en public, pour le regard de ce qui véritablement a été par ci-devant tenu, gardé et observé pour coutume; et de ce qui se trouverait dur, rude, rigoureux, déraisonnable, et, comme tel, sujet à être tempéré, modéré ou du tout corrigé, tollu et abrogé, ils en avertiraient les commissaires, selon leurs consciences (1) ». En vertu de ce serment et de l'intérêt que les États avaient à ce que leurs coutumes fussent exactement rédigées, les articles en étaient successivement accordés ou discordés, et, dans ce dernier cas, débattus, puis arrêtés par les commissaires de l'avis de la majorité des États, ou renvoyés à la décision du parlement.

Mais, au préalable, des débats s'établissaient sur les comparutions mêmes. Dans chaque pays, dans chaque bailliage, sénéchaussée ou autre juridiction du royaume, où la coutume devait être rédigée, assignation était donnée à tous les membres des trois États, exempts ou non exempts de la justice ordinaire, non seulement du ressort actuel et de ses enclaves, mais aussi des anciennes dépendances du ressort, où la coutume pouvait être semblable. Les comparans étaient admis à présenter leurs protestations et oppositions, tant à raison de leurs priviléges d'exemption de la justice, qu'à raison de la coutume, dont ils se déclarassent sujets simplement, ou sujets sauf leurs coutumes locales, ou exempts pour le tout et régis par une coutume différente. Les défaillans étaient réassignés, et contraints,

(1) Pour faire ce serment, les gens d'église mettaient la main au pis (*ad pectus*); les gens des deux autres états levaient la main. *Voy.* les procès-verbaux.

Digitized by Google

les ecclésiastiques par la prise de leur temporel en la main du roi, les laïques par les voies d'exécution accoutumées; et, s'ils ne comparaissaient point avant le décret des coutumes, ils étaient, pour le profit du défaut, condamnés à être régis par elles. Ainsi, à quelques localités près, dont l'opposition ne fut jamais jugée, malgré le renvoi qui en avait été fait au parlement, le territoire de chaque coutume se trouva exactement délimité; et c'est dans le dépouillement des procès-verbaux de la rédaction officielle des coutumes que nous trouverons des matériaux non entièrement suffisans, mais nombreux et authentiques, pour la géographie de la France coutumière.

H. Klimrath,
docteur en droit.

TRAITÉ

De l'action publique et de l'action civile en matière criminelle; par M. Mangin, ancien conseiller à la cour de cassation.

Les sept premiers articles du Code d'instruction criminelle sont consacrés à préciser les règles fondamentales relatives aux actions que peut engendrer un fait qualifié crime, délit ou contravention. Ces dispositions préliminaires du Code sont bien brèves, le texte paraît bien peu fécond; mais cette apparente stérilité couvre une mine des plus riches. Prenez l'ouvrage de M. Mangin, voyez combien est vaste le sujet qu'il traite, comme ce sujet grandit sous la plume habile d'un homme qui a médité et pratiqué. Voyez avec quelle abondance se déroulent les questions, avec quelle clarté se présentent les solutions, et à quel point elles attestent la rectitude du jugement de leur auteur.

Digitized by Google

Le Code se borne à déterminer le droit à l'action publique ou civile en matière criminelle, les règles à suivre dans le concours d'une action publique et d'une action civile, les modes d'extinction de l'une et de l'autre; la valeur et les effets du désistement d'une action, et enfin dans quels cas un crime en pays étranger peut donner lieu à une poursuite en France. Mais, à ces dispositions peu nombreuses, se rattachent de grands principes de droit public, le titre entier de la prescription, une foule de lois spéciales, le fameux article 75 de la Constitution de l'an VIII, les articles 365 et 379 du Code d'instruction criminelle, et enfin quelques dispositions importantes du Code civil sur les questions d'état.

Voilà certes une belle matière à traiter pour qui sait la dominer! M. Mangin n'a point failli à la mission qu'il s'était donnée. Il a rendu un vrai service à la science du droit criminel, et combien ne doit-on pas regretter qu'il n'ait pas assez vécu pour ajouter de nouveaux traités à ceux qu'il nous a laissés, et pour mettre un terme à une œuvre immense, entreprise avec courage, et qui aurait été suivie avec persévérance, je n'en doute pas, moi qui l'ai vu appliquer ses facultés à tant de travaux divers, soit au barreau, soit dans la magistrature. C'eût été un beau monument élevé en l'honneur du droit criminel, et une bonne fortune pour ceux qui en doivent faire l'étude et l'application.

Nous n'aurons que la base de l'édifice. Jouissons au moins de cette partie que nous a laissée l'auteur.

Le plan du traité de l'action publique et civile en matière criminelle a été bien conçu et bien exécuté. La division des matières m'a paru bonne; tout, dans l'ouvrage, se suit et s'enchaîne. Le livre se compose de quatre chapitres :

1° De la nature et de l'étendue de l'action publique et de l'action civile.

2° Des fonctionnaires auxquels est confiée l'action publique; des parties auxquelles appartient l'action civile.

Digitized by Google

3° Des causes qui suspendent l'exercice de ces deux actions.

4° Des causes qui les éteignent.

Telles sont les grandes divisions de l'ouvrage de M. Mangin. Dans l'impossibilité où je suis de parler de tout, je prendrai quelques unes des subdivisions que renferment les quatre chapitres. Je ne dirai pas que toutes les propositions de l'auteur doivent être accueillies et sanctionnées sans réserve; nul écrivain ne saurait prétendre à un tel privilége. Mais je ne crains pas d'avancer que, de ces propositions, il n'y en a qu'un petit nombre qui soient contestables, et c'est assurément le plus bel éloge qu'on puisse faire d'un ouvrage. M. Mangin a interrogé scrupuleusement les sources des lois qui ont servi de texte à son traité, il en a rappelé les termes avec le plus grand à-propos, il a signalé les difficultés sous toutes leurs faces, discuté les questions avec une logique puissante, et complété ses démonstrations par l'autorité de la jurisprudence qu'il a citée fort exactement, invoquant tout à la fois les arrêts qui se trouvent dans les recueils et ceux qui sont restés inédits. Voilà les garanties qu'il offre à ses lecteurs et qui lui donnent le droit de faire autorité.

Dans son premier chapitre, M. Mangin relève et consacre l'indépendance de l'action publique. Il prouve qu'une fois intentée, cette action ne peut être l'objet d'un désistement devant aucune des juridictions qui peuvent s'en trouver saisies par réquisition, par citation, par recours en appel ou en cassation; sauf toutefois les nombreuses exceptions admises en matières fiscales. Les questions relatives, soit à la poursuite des crimes commis en pays étranger, soit à l'extradition, donnent lieu à de sérieuses et importantes dissertations dignes de fixer au plus haut degré l'attention des jurisconsultes.

Ceux qui veulent avoir une idée exacte des ressorts du ministère public, des règles relatives à la hiérarchie entre

Digitized by Google

ses différens officiers, de ses devoirs, de ses attributions, de sa responsabilité, peuvent consulter avec fruit le chapitre II, dans lequel, on peut le dire, la matière a été traitée à fond.

Le troisième chapitre, qui est consacré aux causes suspensives des actions, traite principalement 1° des cas dans lesquels une plainte préalable est nécessaire; 2° des exceptions ou questions *préjudicielles*; 3° de la nécessité d'une autorisation de poursuivre à l'égard de plusieurs classes de personnes. Quiconque a médité sur de pareils sujets, comprendra de suite toute l'importance de ce chapitre.

Je me borne à dire, en ce qui touche la plainte préalable, que l'auteur cite, entre autres, les cas où il s'agit d'adultère, de diffamation, de délit de chasse; j'ai hâte de parler de la partie relative aux questions préjudicielles. Cette partie si difficile de notre droit criminel, cette partie qui a été l'occasion de si nombreuses erreurs, est traitée avec le plus grand soin, avec une parfaite lucidité.

L'auteur a eu raison de le dire (n° 167) : « La solution des questions qui s'y présentent ne repose que rarement sur le texte formel de la loi, et la jurisprudence a été longtemps incertaine. » Il ajoute : « Convaincue de la nécessité de poser, dans une matière si importante, des principes qui pussent lui servir de guide, la cour de cassation les a résumés et consignés dans une note en date du 5 novembre 1813; des fragmens de cette note ont été publiés par M. Merlin, dans le *Répertoire de jurisprudence*, et par M. Bourguignon, dans sa *Jurisprudence des Codes criminels*. Je me propose de la donner tout entière (on peut la voir au n° 240); mais depuis 1813, les progrès de la législation et de la jurisprudence l'ont nécessairement rendue incomplète; d'ailleurs elle ne contient pas tout ce qu'on doit s'attendre à trouver dans un traité de droit criminel; je vais donc rechercher les principes, les développer, et exposer l'application qui en a été faite jusqu'à ce jour. »

Digitized by Google

Là commencent des développemens d'un haut intérêt. M. Mangin définit très-bien les questions préjudicielles, leur nature et les motifs pour lesquels ces questions, qui tiennent au droit civil, doivent être préalablement résolues. Mais il a soin d'avertir que toutes les exceptions opposées à l'action criminelle ne tombent pas sous l'empire de cette règle; que le juge compétent pour statuer sur la poursuite est en général compétent pour juger toutes les questions qui s'élèvent incidemment à cette poursuite, et que le renvoi à fins civiles n'est que l'exception à ce principe général. Il saisit cette occasion pour critiquer l'assertion contraire de M. Toullier.

En même temps qu'il reconnaît aux tribunaux de répression le pouvoir de juger les exceptions, l'auteur a soin de fixer les limites et les conditions de ce pouvoir : il faut avant tout que les tribunaux de répression se conforment aux règles du Code civil sur la nature des preuves et qu'ils ne perdent jamais de vue les articles 1341 et 1347. A cette occasion, l'auteur cite l'action criminelle qui a pour objet la punition du faux serment; il énonce, avec raison selon moi, que ce crime ne peut être poursuivi « qu'autant que l'acte sur lequel le faux serment est intervenu est du nombre de ceux dont la loi civile autorise la preuve testimoniale, soit parce qu'il s'agit d'une valeur qui n'excède pas 150 francs, soit parce qu'il existe un commencement de preuve par écrit. »

Cette opinion, conforme à trois arrêts cités par l'auteur, est celle que j'ai soutenue devant la cour de cassation. Mais un arrêt du 21 août 1834, rapporté dans les recueils, a décidé le contraire. C'est donc une question qui reste dans le domaine de la controverse.

Passant aux exceptions, M. Mangin s'en occupe dans l'ordre suivant : 1° les questions d'état; 2° les questions concernant la propriété des immeubles et autres droits immobiliers; 3° enfin, questions diverses, notamment en

Digitized by Google

matière de contributions indirectes, d'octroi, de dénonciation calomnieuse, etc.

J'appelle l'attention des jurisconsultes principalement sur l'article premier, *questions d'état*, n°s 182 et suivans; ils y trouveront science et clarté; les articles 326 et 327 du Code civil, avec toutes leurs conséquences, y sont parfaitement expliqués. Tout a été exploré par l'auteur : les jurisconsultes et magistrats antérieurs au Code, les orateurs du gouvernement, les arrêts, les opinions des écrivains, ont été mis à contribution.

La dernière partie du chapitre 3 est consacrée à l'examen des causes suspensives dérivant de la qualité des inculpés. Elle explique parfaitement les cas dans lesquels une autorisation préalable est nécessaire pour légitimer les poursuites.

J'ai dit que le chapitre 4 a pour objet *les causes qui éteignent l'action*. Au premier rang de ces causes, on trouve la prescription. La manière dont l'auteur a traité les sujets précédens, garantit la supériorité avec laquelle il envisage et résout les nombreuses et importantes questions que présente celui-ci; il n'a éludé aucune difficulté, et par conséquent c'est encore une partie de son livre qu'on peut consulter avec fruit.

La cause d'extinction fondée sur la chose jugée, a fourni à M. Mangin l'occasion de traiter, après MM. Merlin et Toullier (qui se sont divisés sur ce point), de l'influence qu'exerce sur l'action publique la chose jugée au civil, et réciproquement de l'influence qu'exerce sur l'action civile la chose jugée au criminel. C'est encore une partie savante de l'ouvrage, et qui suffirait pour le faire rechercher par ceux qui ont à résoudre les questions ardues qu'offre une semblable matière.

L'amnistie, qui présente aussi dans l'application des difficultés dont la plupart sont à l'ordre du jour, l'amnistie a été l'objet d'une section dans le traité des causes qui éteignent l'action en matière criminelle. L'auteur examine le

Digitized by Google

principe de l'amnistie, sa légalité, ses effets, son application et la compétence de l'autorité qui doit prononcer en cas de doute.

Enfin les questions relatives au cumul des peines forment le couronnement de l'édifice dont la construction a dû imposer tant de veilles et de fatigues au savant magistrat qui avait voué à l'étude du droit criminel les dernières années de sa vie. J'ai été surpris qu'il eût oublié, lui, dont la vaste intelligence savait si bien saisir tous les détails d'un sujet, qu'il eût oublié, dis-je, de rechercher si les règles prohibitives du cumul des peines s'appliquent aux simples contraventions, aussi bien qu'aux délits et aux crimes. C'est une question que j'ai traitée récemment devant la cour de cassation, et qui a été résolue affirmativement.

On peut juger de l'importance de l'ouvrage par l'exposé rapide que j'ai fait des matières qui en forment l'objet. Cet ouvrage, conçu pendant que son auteur exerçait de hautes fonctions judiciaires, et alors que puisant aux sources les plus sûres il était à même de recueillir de précieux matériaux, cet ouvrage, écrit dans la retraite à laquelle les événemens de 1830 avaient condamné M. Mangin, atteste des études approfondies, une grande maturité d'esprit, la force de l'intelligence et une longue habitude de la pratique des affaires.

Magistrats du ministère public ou autres, avocats, jurisconsultes de tous les rangs et de toutes les professions, consultez le traité dont je viens d'esquisser le tableau; vous y trouverez d'utiles enseignemens et un guide sûr; je le regarde comme un livre parfait.

20 mai 1837. PARANT.

Avocat général à la cour de cassation, député de la Moselle.

Digitized by Google

COMPÉTENCE. — CHAMBRE DU CONSEIL. — TRIBUNAL CORRECTIONNEL. — CHAMBRE D'ACCUSATION.

Lorsque, dans le cas prévu par l'article 230 du Code d'instruction criminelle, la chambre des mises en accusation estime que le prévenu doit être renvoyé à un tribunal de police correctionnelle, et annule, pour n'avoir pas prononcé ce renvoi, l'ordonnance rendue par la chambre du conseil, peut-elle indiquer, pour connaître, comme tribunal correctionnel, de l'affaire au fond, le tribunal qui en a déjà connu en chambre du conseil ?

Je n'ai vu nulle part cette question traitée *ex professo*, et je ne connais aucun arrêt qui l'ait formellement décidée. Quelques auteurs ont, en examinant des questions analogues, laissé voir comment ils auraient résolu celle-ci; mais ils n'y ont donné qu'une attention insuffisante, préoccupés qu'ils étaient d'autres difficultés, et même dans le peu qu'ils en ont dit, en différentes occasions, on ne les trouve pas toujours d'accord avec eux-mêmes (1). Ailleurs, la question est tranchée, mais non point discutée (2). On rencontre aussi, dans les collections d'arrêts, des exemples (3) où le renvoi sur la légalité duquel je m'interroge ici a été ordonné; mais, la disposition de ces arrêts, qui indique le tribunal auquel est renvoyée l'affaire, n'étant pas motivée, ce ne sont là que des faits qui éclairent peu le droit; car il s'agit moins de savoir ce qui a été jugé, que ce qui devait l'être.

Il ne paraît donc pas que la question ait fait jusqu'à présent l'objet d'une discussion approfondie. Cependant elle n'est pas sans gravité, et tous les jours elle se présente.

La chambre du conseil a cru qu'il existait contre l'inculpé des indices suffisans d'un fait qualifié crime; elle a décerné contre lui une ordonnance de prise de corps. La cour, au contraire, reconnaissant qu'il ne s'agit que d'un délit, annule l'ordonnance et cherche auquel des tribunaux correctionnels de son ressort il convient qu'elle renvoie l'affaire. Peut-elle, si elle trouve utile que le prévenu soit jugé là où il est mieux connu, là où sont les témoins, là où la justice sera plus prompte et moins coûteuse, indiquer le tribunal qui a rendu, en chambre du conseil, l'ordonnance qu'elle vient d'annuler?...

Voici d'autres cas : la chambre du conseil a été d'avis que le fait imputé à l'inculpé ne constitue qu'une simple contravention de police; ou

(1) Merlin, Rép., v° Tribunal de police, sect. 2., §3. — *Idem*. Répert., Renvoi après cassation, n° 3. — Legraverend, t. 2, p. 484, en note.

(2) M. Mourre, dans Dalloz, v° Compétence, p. 421, deuxième colonne. — *Idem*. Dalloz, 1828, 1, 225. Les arrêts qui ont été rendus sur ces réquisitoires sont beaucoup moins explicites.

(3) Dalloz, v° Compétence, p. 419.

Digitized by Google

bien même elle a pensé que ce fait ne présente ni crime, ni délit, ni contravention ; mais, sur l'opposition du ministère public, la chambre d'accusation trouve dans la cause des indices suffisans d'un délit, et dès-lors il devient nécessaire de renvoyer l'inculpé, en état de prévention, devant un tribunal correctionnel du ressort. S'il paraît convenable, à raison des circonstances, que ce soit le tribunal du lieu où la procédure préparatoire a été instruite, qui connaisse de l'affaire au fond, la cour pourra-t-elle la lui renvoyer?...

Telle est la question.

On ne découvre pas bien d'abord la difficulté qui s'y trouve renfermée. L'article 230 du Code d'instruction criminelle dispose : « Si la cour es» time que le prévenu doit être renvoyé à un tribunal de simple police ou » à un tribunal de police correctionnelle, elle prononcera le renvoi et » indiquera le tribunal qui doit en connaître. Dans le cas de renvoi à un » tribunal de simple police, le prévenu sera mis en liberté. » La loi, laissant la cour libre de choisir le tribunal auquel elle renverra l'affaire, et, ne restreignant cette faculté par aucune exception, il semble bien qu'elle s'en est rapportée à la prudence des magistrats, et que, dès lors, le tribunal où la première instruction a été faite, peut être indiqué par la cour, aussi bien que tout autre tribunal du ressort.

Mais il s'élève des objections dont quelques unes sont graves.

C'est précisément, dit-on, parce que les juges qui ont rendu, en chambre du conseil, l'ordonnance que la cour vient d'annuler, ne peuvent plus connaître de l'affaire, qu'il est nécessaire d'indiquer le tribunal qui en connaîtra. Si le procès devait revenir naturellement devant eux, il n'y aurait pas de renvoi à faire, de tribunal à indiquer.

On dit encore : Il est un principe qui domine toute notre législation civile et criminelle, c'est qu'un tribunal qui a déjà connu d'une affaire, ne peut plus en connaître ; qu'il ne le peut plus surtout, si la décision qu'il y a rendue vient à être infirmée ou annulée. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 472 du Code de procédure civile, l'exécution d'un jugement infirmé appartient, si la cour ne la retient pas pour elle-même, à *un autre tribunal* que doit indiquer l'arrêt. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 214 du Code d'instruction criminelle, la cour, quand elle reconnaît que le fait où le tribunal n'a vu qu'un délit est de nature à mériter une peine afflictive ou infamante, *doit renvoyer le prévenu devant le fonctionnaire public compétent, autre toutefois que celui qui a rendu le jugement ou fait l'instruction.* De même, si la cour de cassation annule un arrêt ou jugement rendu, soit en matière correctionnelle, soit en matière de police, elle renvoie le procès et les parties *devant une cour ou un tribunal de même qualité que celui qui a rendu l'arrêt ou le jugement annulé* (art. 427 du Code d'instruction criminelle), et par conséquent devant une cour ou un tribunal *autre* que celui qui a rendu cet arrêt ou ce jugement. De même encore, lorsque la cour de cassation annule un arrêt rendu en matière criminelle, elle doit, suivant l'article 429, renvoyer le procès *devant une cour royale autre que celle qui a réglé la compétence et prononcé la mise en accusation*, si l'arrêt est annulé pour une des causes exprimées dans l'article 199 ; et *devant une cour d'assises autre que celle*

Digitized by Google

qui a prononcé l'arrêt, si l'arrêt et l'instruction sont annulés pour cause de nullité commise à la cour d'assises.

Cette exclusion que la loi prononce, pour toutes les suites de l'affaire, contre les juges qui en ont déjà connu, s'applique même au cas où ce serait en une autre qualité qu'ils auraient à en connaître de nouveau.

Les membres de la cour royale qui ont voté sur la mise en accusation, ne peuvent, dans la même affaire, ni présider les assises ni assister le président, à peine de nullité. Il en est de même à l'égard du juge d'instruction (art. 257).

Quand la cour de cassation annule un arrêt de cour d'assises et l'instruction qui a précédé cet arrêt, aux chefs seulement qui concernent les intérêts civils, elle doit renvoyer le procès *devant un tribunal de première instance autre que celui auquel a appartenu le juge d'instruction* (art. 429, § 3). C'est aussi ce qu'elle doit faire, s'il y a une partie civile, quand elle annule l'arrêt par le motif que le fait qui a donné lieu à la condamnation se trouve n'être pas un délit qualifié par la loi (art. 429, dernier paragraphe).

Il est un cas qui se rapproche plus encore de l'hypothèse dans laquelle nous raisonnons. Ce cas, prévu par la quatrième disposition du même article, est celui où un arrêt, par exemple, un arrêt de la chambre d'accusation, est cassé pour violation des règles de compétence. La cour, appréciant mal les faits du procès, a, sur l'opposition du ministère public, annulé l'ordonnance de la chambre du conseil qui n'y avait vu qu'un délit, et a renvoyé le prévenu devant la cour d'assises. Il y a pourvoi, et la cour de cassation annule cet arrêt pour cause d'incompétence, attendu qu'il ne s'agissait que d'un fait qui devait être puni correctionnellement et que, par conséquent, le prévenu devait être renvoyé devant un tribunal correctionnel. Mais quel tribunal saisira-t-elle de la connaissance de l'affaire? Peut-elle désigner celui où a été faite la première instruction? Oui; elle le pourra si la chambre d'accusation, dont elle tient en cela la place, le pouvait elle-même; mais nous voyons, au contraire, que la loi ne permet pas à la cour de cassation de désigner le tribunal où siége le juge qui a fait la première instruction. Ce que la cour de cassation ne peut pas faire, la chambre d'accusation le pouvait encore bien moins.

Et voyez jusqu'où la loi pousse les conséquences du principe! Elle n'interdit pas seulement la connaissance des suites du procès à la cour ou au tribunal auquel l'affaire a été soumise une première fois; elle l'interdit encore, et même quand il ne s'agit que de simples actes d'instruction, aux juges qui lui sont subordonnés. Par exemple, l'article 431 dispose que « les nouveaux juges d'instruction auxquels il pourrait être fait des » délégations pour compléter l'instruction des affaires renvoyées, ne » pourront être pris parmi les juges d'instruction établis dans le ressort » de la cour dont l'arrêt a été annulé... »

Tant la loi est sévère dans le choix des garanties de liberté et d'indépendance qu'elle exige du juge! Tant est grande sa défiance, ou bien plutôt tant elle met de soin à éloigner des magistrats tout prétexte d'injustes soupçons:

Digitized by Google

Ce ne sont pas là, continue-t-on, des dispositions isolées, bonnes seulement pour les cas particuliers qu'elles règlent, mais qui ne pourraient être étendues à d'autres cas; ce n'est que l'application du grand principe rappelé plus haut : *que les juges qui ont déjà connu d'une affaire ne peuvent plus en connaître désormais, à quelque titre que ce soit :* principe commun à toutes les législations, principe antérieur aux lois positives, et qui a sa source dans les premières règles de l'équité, dans les premières notions du bon sens; car n'est-il pas vrai qu'il est juste, qu'il est raisonnable de choisir, pour lui confier l'examen d'une affaire, le juge qui est présumé devoir la mieux juger? Et n'est-il pas vrai que celui-là est présumé devoir la mieux juger, qui l'examinera avec un esprit plus libre, avec une plus grande indépendance d'opinion?

Or ce principe, dont nous venons de voir quelques conséquences dans l'article 472 du Code de procédure, dans les articles 214, 257, 427, 429 et 432 du Code d'instruction criminelle, est susceptible de beaucoup d'autres applications. Comme principe, il est de sa nature de régir tous les cas particuliers pour lesquels il n'y a pas été dérogé par une exception expresse; et, s'il est quelques dispositions obscures et incomplètes, c'est à lui, règle générale et dominante, qu'il faut recourir, pour les éclaircir ou les compléter.

Par exemple, l'art. 230 du Code d'instruction criminelle, prévoyant le cas où la chambre d'accusation vient à reconnaître que le fait imputé au prévenu est un délit et non point un crime, comme l'avait pensé la chambre du conseil, dispose que la cour *prononcera le renvoi et indiquera le tribunal qui doit connaître de l'affaire.* Il n'y a pas là, à la vérité, d'exclusion prononcée contre le tribunal qui a déjà connu de l'affaire en chambre du conseil; l'on ne trouve point, à la suite de cette disposition, *la cour indiquera le tribunal qui doit en connaître*, la restriction que contient l'art. 214 : « autre toutefois que celui qui aura rendu le jugement (ou ordonnance), ou fait l'instruction ». Mais c'est une omission facile à réparer. Puisqu'il n'y a rien ici de contraire au principe précédemment établi (car le silence de la loi ne doit pas être pris pour une exception), il faut dire que, dans ce cas non plus que dans aucun autre, le tribunal qui a déjà jugé ou préjugé une affaire, ne peut plus en connaître, et que par conséquent il n'est plus permis à la cour de renvoyer le prévenu devant le tribunal qui a déjà rendu dans la cause une première décision.

Les raisons de décider ne sont-elles pas toujours les mêmes? Le tribunal auquel l'art. 230, entendu comme on l'entend dans l'opinion contraire, permettrait que l'affaire fût renvoyée, n'est-il pas le même tribunal auquel l'article 214 défend expressément de la renvoyer? Voici des juges qui ont déclaré qu'il ne s'élevait contre l'inculpé aucun indice d'un fait légalement punissable; ou bien voici des juges qui ont mis l'inculpé en prévention à raison d'un fait qu'ils ont qualifié crime. Vous, au contraire, magistrats supérieurs, à qui cette ordonnance de la chambre du conseil est déférée, vous ne trouvez le prévenu ni aussi innocent, ni aussi coupable; vous le mettez en jugement, mais seulement comme prévenu d'un délit, et vous devez, puisque vous ne pouvez le juger vous-même, choisir le tribunal qui le jugera.... Eh bien! choisirez-vous de préférence le tribunal qui a dit : il y a un crime là où vous venez de déclarer qu'il n'y a qu'un délit, le

Digitized by Google

tribunal qui trouvait juste de ne plus poursuivre un homme que vous trouvez juste de mettre en jugement? Mais ce tribunal sera-t-il libre de toute prévention, et n'est-il point à craindre qu'il ne penche vers l'opinion qu'il a déjà embrassée? Vous êtes donc bien sûrs qu'il viendra humblement reconnaître qu'il s'est trompé, et qu'obligé de prononcer entre vous et lui, il aimera mieux donner tort à son ordonnance qu'à votre arrêt. Oh! il y a une haute imprudence à placer des juges, qui ne sont que des hommes après tout, entre leur amour-propre et leur devoir. Ces juges, d'ailleurs, auxquels vous demandez une seconde opinion, ne s'étaient formé la première apparemment qu'après de mûres réflexions; dès lors on doit peu espérer que votre arrêt dissipera leur erreur consciencieuse. Ne dirait-on pas que vous ne les choisissez pour juger de nouveau l'affaire que parce qu'il est à croire qu'ils la jugeront autrement que vous, et que vous voulez donner le spectacle de juges inférieurs réformant votre arrêt!....

Telles sont les raisons sur lesquelles on s'appuie pour soutenir la négative de la question posée en tête de cet article. Je l'ai dit, ces raisons sont graves, et je comprends sans peine que de forts bons esprits en soient touchés. Toutefois, je ne les trouve pas décisives, et c'est dans le sens opposé que je crois devoir résoudre la question.

Le système que je viens d'exposer me paraît inexact:

1° En ce qu'il assimile à des jugemens définitifs et irrévocables les ordonnances des chambres du conseil, qui ne sont, dans presque tous les cas, que des décisions purement provisoires, et souvent même de simples actes d'instiuction (1).

2° En ce qu'on y confond, en un seul et même tribunal, deux juridictions indépendantes l'une de l'autre, et qui diffèrent sous beaucoup de rapports: la chambre du conseil du tribunal de première instance, et le tribunal de police correctionnelle du même arrondissement (2).

3° En ce qu'on est obligé, pour le soutenir, d'étendre plusieurs articles de loi à des cas différens de ceux qu'ils ont prévus, et d'ériger en principes des dispositions particulières; manière de raisonner toujours dangereuse, mais qu'on ne peut surtout admettre en matière de compétence, où tout est de rigueur, et où il n'est pas permis de raisonner par analogie.

4° Enfin (et c'est là qu'aboutissent les autres erreurs que je viens de signaler), en ce que, pour interpréter, ainsi que l'exige ce système, la disposition de loi qui est le siége de la question (3), il faut restreindre à certains cas ce qui y est dit d'une manière générale et absolue, *distinguer lorsque la loi ne distingue pas, et suppléer des exceptions qui ne sont point dans la loi* (4), ce qui est contraire à l'une des premières règles d'interprétation.

J'établirai tout à l'heure ces diverses propositions; mais avant d'exposer les preuves sur lesquelles je fonde mon opinion, je dois poser les bornes dans lesquelles j'entends la renfermer.

(1) Merlin, Rép., v° Opposition à une ordonnance, n° 9; idem, v° Jugement, § 2.
(2) Merlin, Rép., v° Opposition à une ordonnance, n° 2.
(3) L'art. 230 du Code d'instr. crim.
(4) Art. 7, tit. V, livre préliminaire du projet du Code civil.

Digitized by Google

Je ne prétends point que dans les cas prévus par l'art. 230 du Code d'instruction criminelle, la cour doive toujours attribuer la connaissance de l'affaire au tribunal du lieu où s'est faite la première instruction; je reconnais que la cour a la faculté de désigner tout autre tribunal. Je n'hésite même point à dire que, toutes choses égales d'ailleurs, il peut être plus convenable de renvoyer le prévenu devant d'autres juges que ceux de qui émane l'ordonnance annulée, et que c'est ce qui doit arriver le plus souvent.

Mais je soutiens que, s'il se présente quelque cas où la cour reconnaisse qu'il importe à la bonne administration de la justice que l'affaire soit jugée par le même tribunal qui a déjà statué en chambre du conseil, comme si par exemple (et telle était l'espèce qui m'a fourni l'occasion de discuter ce point de droit) c'est le moyen d'empêcher que le prévenu ne soit jugé deux fois et par deux tribunaux différens pour un même délit, je soutiens, dis-je, que, dans ce cas, la cour *peut* désigner, pour connaître de l'affaire au correctionnel, le tribunal auquel l'instruction préparatoire a été soumise. Je soutiens qu'en agissant ainsi, la cour ne fait qu'user de la faculté que lui laisse l'art. 230 du Code d'instruction criminelle, et que lors-même qu'elle eût mieux fait (ce qui n'était pas, dans l'espèce dont je viens de parler) d'indiquer un autre tribunal, du moins elle n'aurait pas, en indiquant celui-ci, commis une nullité qui dût entraîner la cassation de son arrêt. Je soutiens, en un mot, que si c'est à ce tribunal que l'affaire a été renvoyée, il n'est point incompétent pour en connaître.

Telle est mon système; ce n'est pas l'affaiblir que de le renfermer dans ses justes limites. On voit qu'il n'est point exclusif comme celui que je combats. Il laisse les magistrats libres dans leur choix, s'en rapportant, comme le fait la loi, à leur prudence. Voyons maintenant sur quelles preuves ce système repose.

La loi, qui a réglé avec soin l'ordre des juridictions en matière civile, a dû être encore plus attentive à le régler en matière criminelle, où tout est plus grave. Elle a d'abord divisé les faits punissables, ainsi que les tribunaux qui devraient en connaître, en trois grande classes qui se correspondent. C'est là la compétence *à raison de la matière*. Elle a ensuite, distinguant parmi les juridictions du même degré et les délits de la même qualité, déterminé le tribunal auquel appartiendrait la connaissance de chaque fait en particulier. C'est là la seconde espèce de compétence, la compétence *ratione loci*, la seule dont nous ayons à nous occuper en ce moment.

Dans notre organisation judiciaire actuelle, le droit de connaître d'un délit appartient également aux juges du *lieu où le délit a été commis*, *aux juges de la résidence du prévenu*, *aux juges du lieu où le prévenu a été trouvé* (1). Il y a concurrence entre eux pour l'instruction et le jugement, et tout autre juge est incompétent. Même il y a cette différence entre les matières criminelles et les matières civiles, qu'au civil l'incompétence *ratione materiæ* est la seule qui soit absolue, et qui doive être suppléée

(1) Art. 23, 63 et 69 du Code d'instr. crim.

Digitized by Google

par le juge, tandis qu'au criminel le juge incompétent *ratione loci* est radicalement incompétent, et qu'il ne peut attendre, pour se dessaisir, que le prévenu demande son renvoi (1).

Telle est la règle. Elle n'admet d'exceptions que celles que la loi a formellement consacrées; car la loi seule peut saisir ou dépouiller les juridictions.

Il existe, au sommet de notre organisation judiciaire, une autorité, en quelque sorte souveraine, instituée pour maintenir les règles dans leur intégrité; mais que la loi, qui peut tout, élève, dans certains cas, au dessus des règles elles-mêmes. Je veux parler de la cour de cassation. Il lui a été donné de pouvoir « renvoyer la connaissance d'une affaire d'une » cour royale ou d'assises à une autre, d'un tribunal correctionnel ou de » police à un autre tribunal de même qualité, d'un juge d'instruction à un » autre juge d'instruction (2) ». Mais ce pouvoir ne lui a été communiqué qu'avec une grande réserve : elle ne peut en user que « pour cause » d'utilité publique ou de suspicion légitime » ; et aucune autre juridiction ne le partage avec elle (3).

Ce n'est pas qu'il ne puisse arriver, sans que la cour de cassation intervienne, qu'une affaire soit jugée par un autre tribunal que celui ou ceux qui se trouvaient naturellement compétens. Il est certains cas où ce pouvoir exorbitant de dessaisir la juridiction compétente, a été étendu aux cours royales; mais la loi seule pouvait l'étendre ainsi. Il s'agit, en effet, d'une exception, et d'une exception de la nature la plus grave, puisqu'elle a pour objet d'intervertir l'ordre des juridictions, qui est de droit public; la règle ne peut fléchir que sous un texte exprès, une dérogation formelle.

Je ne crois pas que l'on puisse me contester ces principes. Voyons les conséquences :

Une affaire est portée devant une chambre d'accusation. Cette affaire présente-t-elle des indices suffisans d'un crime, la chambre d'accusation le déclare, et le prévenu est renvoyé devant la cour d'assises du département où la première instruction a été faite : c'est la cour d'assises *compétente*. L'affaire présente-t-elle seulement des indices suffisans d'un délit; le prévenu, renvoyé devant la juridiction correctionnelle, sera jugé par le tribunal *compétent*, c'est-à-dire par l'un de ces trois tribunaux . *celui du lieu du délit, celui du lieu de la résidence du prévenu, celui du lieu où le prévenu a été trouvé* (4). Voilà ce qui arrivera en vertu des principes généraux, si la loi n'a point dérogé, pour ce cas particulier, à l'ordre des juridictions. Supposez que la chambre d'accusation doive se borner à prononcer le renvoi *devant qui de droit*, sans indiquer plus précisément le tribunal qu'elle entend saisir; l'affaire ira naturellement à l'un de ces

(1) Art. 69 du Code d'instr. crim., et art. 408. Art 199, 202, 218, 454 n° 6 du Code de brumaire an IV. Verbal de l'ordonnance de 1670, sur art. 2 et 3 *in fine*. —Jousse sur l'art. 3.

(2) Art. 542 et suiv.

(3) Du moins en matière crim., corr. et de police.

(4) Code d'instr. crim., art. 23 et 63.

Digitized by Google

trois tribunaux, seuls compétens, et s'il n'y en a qu'un qui le soit, comme si le prévenu a commis le délit au lieu de sa résidence, et que ce soit aussi là qu'il ait été *trouvé*, ce sera devant ce tribunal, et devant lui seul, que devra venir l'affaire pour être jugée, de même que c'était devant ce tribunal, et devant lui seul, que l'affaire devait être instruite, ainsi qu'elle l'a été.

Maintenant, relisons l'article 230 du Code d'instruction criminelle, qui règle le cas dans l'hypothèse duquel je raisonnais tout à l'heure. « Si la cour » estime que le prévenu doit être renvoyé à un tribunal de simple police ou » à un tribunal de police correctionnelle, *elle prononcera le renvoi et indi-* » *quera le tribunal qui doit en connaître.* » Il n'y a rien là qui contrarie ce que je viens de dire, rien qui s'oppose à ce que les choses suivent leur cours naturel, à ce que la cour fasse ce qui se serait fait de soi-même, si la loi n'avait pas voulu, pour prévenir les difficultés d'exécution, que le tribunal auquel l'affaire est renvoyée fût nominativement indiqué. Si cet article pouvait contrarier en quelque chose mon opinion sur la question que j'examine, ce ne serait pas en ce qu'il aurait défendu à la cour de renvoyer le prévenu devant le tribunal d'où vient le procès ; ce serait plutôt en ce qu'il paraîtrait lui ordonner de toujours et nécessairement prononcer le renvoi devant l'un des tribunaux *compétens* aux termes des articles 23 et 63 du Code d'instruction criminelle, et par conséquent devant le tribunal auquel l'instruction préparatoire a été soumise, si ce tribunal est seul *compétent*, comme étant à la fois celui du lieu du délit, celui de la résidence et celui de la capture du prévenu.

L'article 230 est en effet susceptible de recevoir deux interprétations différentes, selon le sens qu'on donnera à ces mots : *le tribunal qui doit en connaître.* Ces expressions sont-elles synonymes de celles-ci : *le tribunal compétent*, et faut-il entendre cette disposition comme MM. Bourguignon et Legraverend entendent une disposition analogue, celle de l'art. 193. Alors le *tribunal qui doit connaître de l'affaire* ne pourra être que le tribunal du lieu du délit, ou bien celui de la résidence habituelle ou momentanée du prévenu (1) ; car eux seuls sont *compétens* d'après la loi, et souvent même il arrivera, ainsi que nous l'avons remarqué, qu'il n'y aura de *compétent* que le tribunal qui aura connu de l'affaire en chambre du conseil.

Mais ce système, qui aurait, il est vrai, l'avantage de mettre l'art. 230 en parfait accord avec les principes généraux sur la compétence, et que la cour de cassation (2) a appliqué à un cas beaucoup moins favorable, celui qui est réglé par l'art. 214, donnerait, selon moi, aux expressions générales dont s'est servie la loi, un sens restrictif qu'elles n'admettent point. J'y vois une faculté dont la loi n'a point entendu gêner l'usage, un choix qu'elle a voulu laisser libre, et qui n'a d'autres limites que celles du ressort de la cour, d'autre guide que sa prudence.

Mais si la disposition générale et absolue de l'art. 230 déroge, en ce

(1) Bourguignon, sur l'art. 193; Legraverend, t. 2, p. 393, mais seulement lorsqu'il y a eu citation directe.

(2) Arrêt du 3 juin 1825 (Dallos, 1825, 1, 393).

Digitized by Google

point, aux principes consacrés par les art. 23 et 63 du Code d'instruction criminelle, est-il permis d'étendre, en sens inverse, cette dérogation jusqu'à prétendre, non plus que la cour peut s'écarter de la règle (comme en effet elle le peut), mais que toujours et dans tous les cas elle doive s'en écarter? Non assurément. La généralité des termes de l'art. 230, qui autorise la première exception, repousse l'autre. C'est parce que la loi se borne à dire : *La cour indiquera le tribunal qui doit connaître de l'affaire*, que la cour peut indiquer un autre tribunal que celui devant lequel l'affaire a été instruite, celui-ci fût-il seul *compétent*. Eh bien! cette latitude que la loi laisse à la cour suffirait, indépendamment des règles précédemment établies, pour que la cour pût désigner ce tribunal aussi bien que tout autre. Car enfin la loi n'en exclut aucun, et je ne vois pas de quel droit nous prononcerions, nous, plus éclairés ou plus défians, une exclusion qu'elle n'a point prononcée.....

Là s'arrêtent les preuves directes sur lesquelles je fonde mon système. J'ai montré qu'il avait pour lui la règle, et qu'il n'avait pas contre lui l'exception. Maintenant, je réponds aux objections :

Répondrai-je d'abord à celle-ci : « C'est précisément parce que l'affaire » ne peut plus revenir au tribunal d'où elle vient, qu'il est nécessaire de » désigner un autre tribunal? » — Cette objection, fût-elle fondée (1) contre le système plus exclusif que j'ai exposé tout à l'heure, et que j'ai dit ne pouvoir admettre, ne s'appliquerait certainement pas au mien. Je reconnais, moi, que la cour peut indiquer, pour statuer sur l'affaire au fond, tout autre tribunal que celui qui en a déjà connu en chambre du conseil, je laisse donc aux magistrats la liberté du choix, et même je la leur laisse plus large que ne le font mes adversaires, puisqu'ils excluent un tribunal, et que moi, je n'en excepte aucun.

Il faut d'ailleurs remarquer que, dans le cas prévu par cet article, la loi n'a pas seulement à choisir entre plusieurs tribunaux du même ordre; elle a un premier réglement à faire, qui est celui de la compétence *à raison de la matière*. Elle doit d'abord déterminer le caractère légal du fait, et selon qu'elle y reconnaît une contravention ou un délit, saisir une juridiction différente. « Lorsque les préventions paraissent suffisantes, disait » M. Faure en exposant les motifs de l'art. 230, la cour renvoie le pré- » venu pour être jugé, et désigne le tribunal d'après *la qualité du délit*. » La désignation dont parle la loi a donc un double objet, et cette désignation doit paraître également nécessaire, quelque opinion d'ailleurs qu'on adopte sur notre question.

Mais voici une objection qui se rapporte à un autre ordre d'idées : « Il est de principe, dit-on, qu'un tribunal qui a connu d'une affaire ne peut plus désormais en connaître. » Je vois deux réponses à cette objection : la première, c'est qu'elle suppose que la chambre du conseil du tribunal de première instance et le tribunal correctionnel du même lieu ne constituent qu'une seule et même juridiction (2); la seconde, c'est que le prin-

(1) La faculté de choisir entre plusieurs tribunaux implique bien, en effet, qu'il y en a plus d'un qui soit compétent.

(2) Je prouverai bientôt le contraire.

Digitized by Google

cipe sur lequel elle se fonde n'est vrai que pour les jugemens définitifs et non pour les jugemens de pure instruction qui peuvent être réformés par les juges mêmes qui les ont rendus. *Quod jussit vetuitve prætor, contrario imperio tollere potest* (L. 14, D. *De re judic.*) (1).

Si l'on prétend reconnaître de véritables jugemens dans les ordonnances des chambres du conseil, du moins sera-t-on forcé de convenir que dans presque aucun cas ces jugemens ne sont définitifs. « Quelle est, dit » M. Merlin (2), le nature du jugement qui, sur le rapport du juge d'in- » struction, renvoie le prévenu à l'audience correctionnelle? Rien autre » chose qu'une déclaration qu'il y a lieu d'examiner, en audience correc- » tionnelle, non seulement si le prévenu est auteur du fait qui lui est » imputé, mais encore si ce fait constitue un délit; rien autre chose par » conséquent qu'un jugement préparatoire. Or il est de principe que » les jugemens préparatoires ne lient jamais les tribunaux qui les ont » rendus. »

Ce caractère purement provisoire est bien plus sensible encore dans les ordonnances par lesquelles la chambre du conseil du tribunal de première instance renvoie le prévenu devant la chambre d'accusation de la cour. En le traduisant devant le tribunal correctionnel, ainsi que nous le disions tout à l'heure, la chambre du conseil ne le *jugeait* pas sans doute, mais du moins elle déclarait qu'il y avait lieu *de le juger*. En le renvoyant devant la chambre d'accusation, elle ne dit pas même, *il y a lieu de le juger*, mais seulement, *il convient d'examiner une seconde fois et à un autre degré de juridiction, si l'on doit le mettre en jugement;* car la chambre d'accusation, non plus, n'acquitte ni ne condamne; elle ne juge pas, elle n'est elle-même, à vrai dire, qu'une chambre d'instruction (3).

Et c'est pourquoi les ordonnances qui lui transmettent les pièces du procès peuvent être rendues à la majorité d'une seule voix (4), quoique les jugemens ne se forment d'ordinaire qu'à la pluralité des voix, et que même, au criminel, le partage des opinions suffise pour l'acquittement. C'est aussi pourquoi ces ordonnances, soit qu'elles saisissent le tribunal correctionnel, soit qu'elles portent l'affaire devant la chambre d'accusation, ne sont pas susceptibles d'être attaquées par le prévenu, quoique rendues en son absence.

Même dans le cas où la chambre du conseil déclare qu'il n'y a lieu à suivre contre l'inculpé, son ordonnance n'a point encore le caractère d'irrévocabilité auquel on reconnaît les jugemens définitifs. Quel est l'effet le plus remarquable des jugemens de cette nature? C'est qu'ils sont susceptibles d'acquérir l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire qu'une affaire décidée par un jugement définitif contre lequel il n'y a pas ou contre lequel il ne reste plus de voie de recours, ne peut être jugée de nouveau ni par les mêmes juges ni par d'autres juges; et ce principe, vrai en toute

(1) Tel est du moins le sens dans lequel cette loi romaine est entendue communément; mais voyez Merlin, Rép., v° Jugement, n° 3.

(2) Ibidem. — Aussi v° Opposition à ordonnance, n° 9.

(3) Legraverend, t. 1er, p. 452; Rauter, t. 2, p. 355.

(4) Legraverend, t. 1er, p. 378.

Digitized by Google

matière, est surtout précieux en matière criminelle (1). Eh bien! les ordonnances de non-lieu n'ont point cette autorité de la chose définitivement et irrévocablement jugée (2). Il suffit que de nouveaux indices s'élèvent, pour que le procès se réveille et que l'inculpé soit repris. Et il est si vrai que ces ordonnances ne sont que provisoires et ne dessaisissent pas les juges qui les ont rendues, qu'en cas de nouvelles charges c'est précisément à la chambre du conseil qui a déclaré le non-lieu, que l'affaire est soumise de nouveau (3).

Le principe qu'on oppose ne peut donc recevoir ici son application. Mais qu'ai-je besoin de raisonnement pour prouver que les mêmes juges peuvent connaître, comme tribunal correctionnel, de l'affaire dont l'instruction préparatoire leur a été soumise en chambre du conseil? N'est-ce pas ce qui a lieu tous les jours? La chambre du conseil qui trouve contre l'inculpé des charges suffisantes d'un fait qualifié délit, peut-elle donc le renvoyer devant un autre tribunal que le tribunal correctionnel du lieu? Or quels sont les juges qui, dans les tribunaux composés d'une seule chambre, et c'est le plus grand nombre, siégent aux audiences correctionnelles? Ceux qui forment la chambre du conseil. Ils renvoient donc devant eux-mêmes? Oui! ils renvoient devant eux-mêmes, jugeant sous d'autres rapports, à un autre titre, avec des devoirs et des droits différens. Et, vous le voyez, c'est la loi elle-même qui l'a voulu (4)!

A quoi servirait-il de faire remarquer qu'il en est autrement en matière criminelle, et que les membres de la chambre d'accusation ne peuvent faire partie de la cour d'assises? Nous ne sommes pas ici au grand criminel; ce n'est pas des cours d'assises qu'il s'agit pour nous, mais bien des tribunaux correctionnels. Or, s'il existe deux règles, l'une pour un cas différent du nôtre, l'autre qui ait été faite pour le cas même où nous nous trouvons, pouvons-nous être incertains de celle qu'il nous faut suivre?

Qu'on ne dise pas non plus que, dans l'espèce de notre question, c'est la chambre d'accusation qui renvoie l'affaire au tribunal correctionnel, et non point, comme je le supposais tout à l'heure, la chambre du conseil; car il n'importe : la position du tribunal à l'égard de la chambre du conseil reste toujours la même. Il n'est lié en effet ni par l'un ni par l'autre de ces renvois; les choses restent entières, sous le rapport du fait et sous celui du droit, au fond comme sur la compétence : toujours il lui faut rechercher s'il existe contre le prévenu des preuves du fait qu'on lui impute,

(1) Art. 360, Code d'instr. crim.

(2) Si ce n'est lorsqu'elles sont motivées sur l'appréciation en droit des faits de la poursuite, comme si elles adoptent une exception péremptoire, ou déclarent que le fait n'est point puni par la loi (cassation, 9 mai 1812, Dalloz, t. 2., p. 581; Mangin, Traité de l'action, t. 2, p. 434 et 457); mais cette différence ne doit point modifier la solution à donner à notre question, parce qu'il reste toujours que la chambre du conseil est distincte du tribunal correctionnel.

(3) Mangin, t. 2, p. 316; Rauter, t. 1er, p. 354; Cassation, 3 août 1821; Dalloz, t. 3, p. 434.

(4) Sur le principe « que les actes d'instruction n'empêchent point les juges qui les ont faits de prendre part au jugement du fond, voir Merlin, Questions de droit, v° Directeur du jury.

Digitized by Google

puis quel est le caractère légal de ce fait, et, pour décider cette double question, il n'a à consulter que lui-même et l'état présent de la cause. « Quelle est, disait M. le procureur général Mourre, le 26 août 1817, » devant les sections réunies de la cour de cassation (1), l'influence du » renvoi ordonné par la chambre du conseil ou par *la chambre d'accusa-* » *tion?* La même que celle de la citation dans les affaires où une instruc- » tion préparatoire n'a point été jugée nécessaire (Code d'instruct. cri- » min., 182), c'est-à-dire que le tribunal correctionnel doit ouvrir les » portes de l'audience et donner lecture de la plainte : *alors commence* » *l'exercice du droit de juridiction.* » Et la cour de cassation disait, en jugeant conformément à ce réquisitoire : « Lorsque les chambres d'accu- » sation des cours royales, procédant en vertu de l'article 230, renvoient » devant le tribunal correctionnel, elles ne font que ce qu'elles estiment » qu'aurait dû faire la chambre du conseil du tribunal de première in- » stance... Leurs arrêts ont reçu leur exécution et consommé l'effet que la » loi leur a attribué lorsque les tribunaux auxquels elles ont renvoyé se » sont saisis de l'affaire et ont examiné les faits imputés au prévenu pour » reconnaître, d'après la qualification qui leur appartient selon la loi, si » ces faits rentrent ou non dans leurs attributions. »

Et pour mettre cette vérité dans tout son jour, supposons que la chambre du conseil ait renvoyé l'inculpé à la police correctionnelle, et que, sur l'opposition du ministère public, cette ordonnance ait été confirmée. Certes, on ne soutiendra pas que le tribunal correctionnel du lieu, qui eût été compétent si l'ordonnance eût reçu immédiatement son exécution, est devenu incompétent parce que l'affaire n'a été portée devant lui qu'un peu plus tard (2). Il n'importe donc nullement que le tribunal correctionnel soit saisi par la chambre du conseil ou par la chambre d'accusation.

Mais ici l'on distingue. Dans le cas que vous supposez, me dit-on, c'est bien encore par la chambre du conseil que le tribunal correctionnel a été saisi. Il importe peu, en effet, qu'il y ait eu opposition à l'ordonnance, puisque cette opposition a été rejetée. La confirmation, anéantissant l'appel, rend au jugement toute sa force primitive. *Confirmatio nihil novi juris confert;* c'est la maxime de Dumoulin (3), applicable aux jugemens aussi bien qu'aux contrats. Ici, au contraire, ce n'est plus de la chambre du conseil que le tribunal correctionnel tient l'affaire; c'est de la chambre d'accusation. C'est celle-ci qui, annulant l'ordonnance par laquelle l'inculpé avait été mis en prévention pour crime, ne le met plus en prévention que pour délit, et le renvoie en police correctionnelle au lieu de le traduire aux assises. Dans le premier cas, il s'agissait de l'exécution d'un jugement confirmé, et l'exécution d'un jugement confirmé appartient au tribunal qui l'a rendu. Dans le nôtre, il s'agit d'un arrêt infirmatif, et l'exécution d'un tel arrêt doit toujours être renvoyée, quand la cour ne la retient pas pour elle-même, à un autre tribunal qu'à celui de

(1) Dalloz, v° Compétence, p. 420.
(2) Merlin, Rép., v° Tribunal de police, sect. 2, § 3.
(3) Sur l'art. 5 de l'ancienne coutume de Paris.

Digitized by Google

qui émane le jugement infirmé. C'est pour ce cas qu'a été fait l'art. 472 du Code civil. Et que deviendrait donc, s'il en était autrement, ce grand principe, que, *lorsqu'un tribunal a rendu dans une affaire une décision qui vient d'être infirmée ou annulée, il ne peut plus connaître de cette affaire?*

Voilà l'objection qu'on croit la plus forte. Eh bien! si je ne me trompe, cette objection est déjà résolue par ce que j'ai dit de la nature des attributions des chambres du conseil, des caractères et des effets de leurs ordonnances.

Je ne veux point rechercher si l'article qu'on invoque s'applique aussi bien aux jugemens préparatoires qu'aux jugemens définitifs (1).

Je n'ai pas non plus besoin d'établir, avec les raisons données par la cour de cassation, dans un arrêt du 10 avril 1829 (2), qu'en cas d'annulation d'une ordonnance de la chambre du conseil, même d'une ordonnance qui, en admettant une exception péremptoire, a décidé qu'il n'y a lieu à suivre, la chambre d'accusation doit renvoyer l'affaire devant la chambre du conseil, et devant cette chambre composée des mêmes juges; arrêt fortement motivé et qui fait une saine application du principe que les *juridictions ne peuvent être saisies ou dépouillées qu'en vertu des dispositions de la loi*, mais qui va bien plus loin que je n'ai besoin d'aller, puisqu'il renvoie l'affaire à la chambre du conseil elle-même, c'est-à-dire, pour parler comme l'objection, un *tribunal* qui a rendu le *jugement* infirmé.

Il serait aussi plus curieux qu'utile de rechercher si les chambres du conseil sont bien, à vrai dire, des tribunaux; s'il n'est pas plus exact de les nommer *chambres d'instruction* (3), et si leurs ordonnances rendues à huis clos, sans débats, contre lesquelles le prévenu n'a aucune voie de recours, ne sont point plutôt *des actes d'instruction* (4) que *des actes de juridiction*. Dans le cas où cette recherche serait nécessaire, nous aurions à voir quelle place tiennent les chambres du conseil dans l'organisation actuelle de la justice criminelle; en quoi leurs attributions ressemblent à celles des directeurs du jury, telles qu'elles étaient déterminées par le Code de brumaire an IV, et par la loi du 7 pluviose an IX, en quoi elles peuvent en différer (5); si c'est sans dessein que notre Code d'instruction criminelle, qui est divisé en deux livres, l'un intitulé *de la police judiciaire*, l'autre *de la justice*, a placé dans la première de ces deux grandes divisions les dispositions qui régissent les chambres du conseil. La chambre du conseil, pourrait-on dire, c'est donc encore la *police judiciaire*; ce n'est pas encore *la justice?* Dans l'ordre tracé par la loi, elle vient après l'instruction préparatoire, pour vérifier si cette in-

(1) On peut citer, en sens contraire, un arrêt de la cour de cassation du 22 janvier 1828 (Dal. 28, 1, 102), et deux autres de la même cour, des 12 juin 1806 et 24 janvier 1826 (Dal. 26, 1, 104.)

(2) Dalloz 1829, 1, 219.

(3) Legraverend, t. 1er, p. 395 et 452.

(4) Merlin, Rép., v° *Opposition à une ordonnance*, les appelle indifféremment *actes d'instruction* et *jugemens préparatoires*.

(5) Legraverend, p. 395.

Digitized by Google

struction a été faite d'une manière régulière et complète ; elle doit n'ouvrir les portes à cet autre pouvoir, qui bientôt va fonctionner à son tour, que lorsque, l'affaire ayant été bien instruite, c'est déjà une première garantie qu'elle sera bien jugée. La loi aussi l'a placée à l'entrée des différentes juridictions pour décider laquelle il convient de saisir selon la qualité du fait. Elle prépare les voies à la justice ; elle dit s'il y a lieu de juger et qui doit juger, mais elle ne juge pas (1).

Mais je veux me renfermer dans le seul point dont l'examen soit nécessaire. Eh bien donc ! j'y consens, la chambre du conseil est un *tribunal*, ses ordonnances sont des *jugemens*. Que m'importe, s'il me suffit, pour repousser les articles 472 du Code de procédure civile, 427 et 429, §§ 1 et 2, du Code d'instruction criminelle, ou plutôt (car ce ne sont là que des dispositions particulières) le principe général dont on prétend qu'ils sont l'une des nombreuses applications ; s'il me suffit, dis-je, de faire remarquer que du moins la chambre du conseil n'est pas le même *tribunal* que le tribunal de police correctionnelle de l'arrondissement ; que ces deux juridictions sont indépendantes l'une de l'autre, qu'elles diffèrent sous de nombreux rapports : en ce qui regarde la compétence, la forme de procéder, l'effet attaché à leurs décisions, la juridiction supérieure à laquelle elles ressortissent, juridictions si distinctes, en effet, que, dans les affaires dont toutes les deux connaissent, ce n'est que lorsque l'une d'elles a épuisé ses pouvoirs que l'autre est appelée à exercer les siens ; que c'est l'une qui renvoie les pièces et le procès à l'autre ?.... Désigner le tribunal de police correctionnelle de l'arrondissement pour connaître d'une affaire dans laquelle une ordonnance de la chambre du conseil a été annulée, ce n'est donc pas (art. 427) *renvoyer le procès et les parties devant le tribunal qui a rendu le jugement annulé.*

On dira : « Mais si ce n'est pas le même tribunal, ce sont du moins les » mêmes juges, ou plutôt c'est bien le même tribunal, quoique siégeant » sous un autre nom et en une autre qualité. » Je réponds : Si les personnes étaient différentes, vous ne trouveriez donc rien à redire au renvoi? Le tribunal correctionnel, composé d'autres juges, ne serait donc plus incompétent pour connaître d'une affaire dont la chambre du conseil du même arrondissement aurait déjà connu ? Mais cela peut arriver fort souvent, dans tous les tribunaux qui ont deux ou plusieurs chambres ! Il suffira, pour qu'il en soit ainsi, que ce soit la chambre civile qui se rassemble pour entendre les rapports du juge d'instruction, ce que la loi certes ne défend pas. Et cependant ce serait bien le même *tribunal !* Et les articles que vous citez ne peuvent s'accommoder de tels tempéramens (2) ! Leur disposition est absolue, et la prohibition qu'ils consacrent ne peut fléchir sous votre distinction.... Voilà donc que vous reconnaissez vous-mêmes que ces articles ne sont point applicables ! Puis remarquez qu'en

(1) « La régularisation de la procédure, dit à ce sujet un auteur, n'est pas l'administration de la justice. » Toutefois M. Rauter, t. 2, p. 350, est peut-être plus exact, en disant que les chambres du conseil participent des deux caractères ; cela est vrai, eu égard aux ordonnances de non-lieu.

(2) Legraverend, t, 2, p. 451.

Digitized by Google

faisant dépendre de cette différence la solution de la question, en admettant que le tribunal correctionnel du lieu sera tantôt compétent, tantôt incompétent, vous vous éloignez tout-à-fait du sens que vous donniez d'abord à notre art. 230, où, quoi qu'on veuille dire, toute la question est renfermée : car vous soutenez que cet article excluait, dans tous les cas, le tribunal du lieu où s'est faite l'instruction préparatoire. Et maintenant vous voulez qu'il ne l'exclue que dans certains cas.

Non, la solution de la question ne dépend point de ces circonstances variables. Un tribunal incompétent ne devient point compétent à raison du plus grand nombre de ses juges ; un tribunal compétent ne cesse point de l'être parce qu'il ne compte que trois magistrats. Ce qu'il faut voir, ce sont les attributions, ou, pour parler comme vous, la nature différente des *juridictions*. Vous le voulez? la chambre du conseil sera un *tribunal;* mais, à coup sûr, le tribunal correctionnel en est un autre.

Aussi bien ne serait-ce pas le seul cas où les mêmes magistrats exerceraient à des titres différens deux ou plusieurs juridictions. N'est-ce pas ainsi que, dans la plupart des arrondissemens, les juges qui siégent aux audiences civiles, sont aussi ceux qui siégent aux audiences correctionnelles? N'est-ce pas ainsi que, partout où il n'y a pas un tribunal spécial de commerce, ce sont les mêmes magistrats qui connaissent des matières civiles et des matières commerciales ? Ces juridictions, quoique composées des mêmes hommes, n'en sont pas moins indépendantes l'une de l'autre ; chacune conserve sa spécialité d'attributions, son mode particulier de procéder, en un mot tout ce qui constitue son individualité.

Si l'on ajoutait que ce que je viens de dire peut être vrai à la rigueur et légalement parlant, mais qu'en laissant de côté les fictions légales on ne trouve pas moins, en définitive, que c'est à des hommes qui ont déjà préjugé l'affaire, que je veux qu'il appartienne maintenant de la juger, et qu'il est toujours également à craindre qu'ils n'apportent pas à l'œuvre de la justice toute la liberté d'opinion nécessaire, je répondrais que l'inconvénient qu'on signale trouverait un remède dans le droit de récusation (1) qu'on peut exercer contre un tribunal entier de même que contre un seul juge, et dans la faculté de demander le renvoi de l'affaire à un autre tribunal pour cause de suspicion légitime ; mais que ce double droit (2) ne peut être exercé que devant la cour de cassation (art. 542 et suivans), et que d'ailleurs il suppose la compétence du tribunal devant lequel l'affaire est pendante ; car si l'on demande que ce tribunal soit *dessaisi*, c'est bien apparemment qu'il est *saisi* (3). Et en effet, si le tribunal n'est pas récusé, et s'il ne se récuse pas lui-même, le jugement qu'il rendra sera valable ; au contraire, ce jugement serait nul si le tribunal eût été incompétent.

Mais remarquez même ici une différence qui vient bien confirmer toutes celles que j'ai déjà signalées !

(1) Art. 378 du Code de proc., § 8.

(2) A vrai dire, récuser un tribunal entier, est la même chose que demander le renvoi de l'affaire pour cause de suspicion légitime. Merlin, Rép. et Questions, au mot *Récusation*.

(3) Legraverend, t. 2, p. 486.

Digitized by Google

Je suppose (et ce cas, nous l'allons voir, s'est présenté) que, par un circuit quelconque de la procédure, un tribunal de police correctionnelle, qui a déjà connu d'une affaire en première instance, se trouve saisi de la connaissance de cette même affaire par voie d'appel d'un jugement de simple police. Aucune disposition spéciale n'ayant prévu ce cas, et les incompétences ne pouvant être suppléées, il est rigoureusement vrai que ce tribunal n'est pas de droit incompétent, mais il peut, aux termes de l'art. 278 du Code de procédure civile, applicable, comme on le sait, aux matières criminelles; il peut, dis-je, être récusé, ou plutôt il doit lui-même se déporter; et, s'il ne le fait pas, la cour de cassation n'hésitera pas à déclarer, sur la demande des parties ou celle du ministère public, qu'il y a lieu à renvoi pour cause de suspicion légitime, ce cas rentrant nécessairement dans ceux prévus par l'art. 542 du Code d'instruct. crimin., et c'est ce qu'elle a fait par un arrêt en date du 25 mai 1832 (1). S'il en était autrement, ce serait bien alors qu'on serait fondé à dire que le même *tribunal* juge deux fois la même affaire; et comment pourrait-il y exercer successivement les deux degrés de juridiction, tribunal d'appel de lui-même, et réformant ses propres jugemens?

Eh bien! un cas tout-à-fait analogue s'est présenté dans une espèce où le tribunal d'appel avait précédemment connu de l'affaire, non pas, ainsi que tout à l'heure, comme tribunal correctionnel, mais (et c'est ce qui fait la différence) en chambre du conseil; et où même l'ordonnance par lui rendue en cette qualité avait été annulée. Voici quels étaient les faits:

La chambre du conseil du tribunal de Tours avait mis un sieur Dausault en prévention à raison d'un fait qu'elle avait qualifié crime; mais la cour d'Orléans, ne trouvant dans le même fait qu'un délit, avait annulé l'ordonnance et renvoyé le prévenu devant le tribunal de Loches, sur le motif *que le tribunal de Tours, qui devait être saisi de cette affaire, ne pouvait plus en connaître après l'ordonnance qu'il avait rendue.* (On voit que la cour d'Orléans avait adopté sur notre question l'opinion que je combats.) Jugement du tribunal de Loches : appel. Cet appel est porté devant le tribunal du chef-lieu; mais c'est Tours qui est le chef-lieu : le tribunal se récuse. Le cours de la justice se trouvant ainsi interrompu, le

(1) Dallos, 32, 1, 322. Seulement, on peut remarquer que la cour de cassation ne s'est pas exprimée avec une exactitude rigoureuse, quand elle a dit, dans un des considérans de cet arrêt, « que le tribunal de Mamers, qui s'était déclaré incompétent, » avait statué régulièrenent, et s'était, par cela même, légalement déclaré en état » de suspicion légitime ». Je pense que ce tribunal aurait dû se déporter et non pas se déclarer incompétent; car c'était par suite d'une procédure régulière et conforme à l'ordre tracé par la loi qu'il se trouvait saisi. Aussi M. le procureur-général avait-il pris la voie de la demande en renvoi pour cause de suspicion légitime, et ce magistrat s'exprimait avec plus d'exactitude, quand il disait dans son réquisitoire : « La » loi n'a prévu, par aucune disposition générale, le cas qui est soumis à la cour; » elle n'a point prononcé formellement l'incompétence d'un tribunal qui, par un » circuit quelconque de la procédure, se trouverait saisi par un appel d'une affaire » dont il a déjà connu en première instance. Toutefois, elle offre, par la disposition » de l'article 542 du Code d'instr. crim., le moyen de le dessaisir pour suspicion lé» gitime.»

Digitized by Google

procureur-général se pourvoit en réglement de juges, et l'affaire arrive en cassation.

On le voit, la position était absolument la même que tout à l'heure; si ce n'est que, dans l'espèce du 25 mai 1832, le tribunal saisi par l'appel avait connu précédemment de l'affaire *comme tribunal correctionnel*, tandis que, dans notre espèce, *la chambre du conseil avait eu seule à s'en occuper;* si cette différence n'est pas réelle, si, quoi que j'aie pu soutenir jusqu'à présent, la chambre du conseil du tribunal de première instance ne fait qu'un avec le tribunal correctionnel du même lieu, que devra dire la cour de cassation? elle devra dire que le tribunal n'a pas assez fait en se déportant, ce qui suppose qu'il avait droit de connaître de l'affaire, ou tout au moins que ce cas, comme le précédent, rentre nécessairement dans l'application des dispositions relatives aux demandes en renvoi pour cause de suspicion légitime. Eh bien! la cour de cassation ne dit ni l'un ni l'autre. Elle consent pourtant à appliquer l'article 542 du Code d'instruction criminelle; mais elle explique que ce n'est là qu'une exception, que les circonstances particulières de la cause lui paraissent autoriser. En même temps elle proclame en principe, que le tribunal correctionnel de Tours n'avait pas le droit, je ne veux pas dire de se déclarer incompétent (ce n'était point ce qu'il avait fait, et l'on ne prétendait point qu'il eût dû ou même pu le faire), mais même de se déporter : ce n'est pas, en effet, avoir *connu* d'une affaire, dans le sens de la loi, que d'y avoir, comme chambre du conseil, rendu une ordonnance. Autrement le tribunal correctionnel serait tous les jours récusable, puisqu'il a ainsi *connu* de toutes les affaires où une instruction préparatoire a été ordonnée. « Attendu, porte l'arrêt (1), que le déport a été motivé sur ce que les » juges de Tours avaient précédemment connu de l'affaire, en rendant » une ordonnance en chambre du conseil; attendu qu'il résulte de ce dé- » port, ainsi motivé, que les juges ont craint que leur première opinion, » exprimée dans cette ordonnance du 19 mai 1824, n'eût quelque in- » fluence sur le jugement de l'affaire dont il s'agit; que, bien *qu'un tel* » *état de choses ne rentre pas nécessairement dans le cas de suspicion* » *légitime prévu par l'art.* 542 *du Code d'instruction criminelle, puis-* » *que tous les jours les juges de police correctionnelle sont appelés, par* » *le renvoi des chambres des mises en accusation, à juger des affaires* » *sur lesquelles ils ont déjà statué en chambre du conseil;* néanmoins, » *dans l'espèce*, le cours de la justice se trouve interrompu, et qu'il est » dès lors indispensable de le rétablir en renvoyant, *eu égard aux cir-* » *constances particulières de la cause*, devant un autre tribunal; par ces » motifs, faisant droit, etc. *Et en vertu de l'art.* 542 du Code d'instruc- » tion criminelle, renvoie la connaissance de l'appel pardevant le tribunal » de police correctionnelle de Blois. »

Ainsi, loin de considérer les juges de police correctionnelle comme incompétens pour connaître des affaires dont ils ont eu déjà à s'occuper en chambre du conseil, même quand l'ordonnance par eux rendue a été annulée, la cour de cassation dit que c'est là l'ordre régulier, *ce qui se fait*

(1) Arrêt du 17 décembre 1824; Dalloz, 1825, I, 62.

Digitized by Google

tous les jours. Ce n'est même pas, dans les cas ordinaires, une raison suffisante de se déporter. En principe, la cour de cassation blâme le déport des juges de Tours, et si elle ne leur renvoie pas l'affaire, ce n'est pas qu'il y ait contre eux motif de suspicion légitime, mais uniquement pour ne pas blesser une délicatesse que pourtant elle trouve excessive, et parce qu'il eût semblé trop dur de les forcer à juger malgré eux.

Il ne reste plus maintenant contre mon opinion que l'art. 214 du Code d'instruction criminelle, et les §§ 3, 4 et 5 de l'art. 429; mais l'objection qu'on en tirait a désormais perdu toute sa force. On représentait ces articles comme l'expression d'un principe général, applicable, disait-on, même dans le silence de la loi, à tous les cas analogues. On n'y peut plus voir maintenant que des dispositions particulières, bonnes pour les cas auxquels elles s'appliquent, mais qui ne peuvent soustraire des cas différens à l'application de dispositions différentes.

S'il n'y avait pas, dans l'art. 214, cette disposition qui le termine : *autre toutefois que celui qui aura rendu le jugement ou fait l'instruction*, si l'on y lisait seulement, comme dans l'art. 193, *la cour renverra le prévenu devant le fonctionnaire compétent*, certes nous ne serions pas autorisés à suppléer, contre le juge d'instruction du lieu, une exclusion que la loi n'aurait pas prononcée; car le juge d'instruction, aussi lui, ne peut, ainsi que l'a dit la cour de cassation (1), être saisi ou dépouillé qu'en vertu des dispositions de la loi, et il est vrai de dire que, sous ce rapport, il exerce une véritable juridiction. Pour savoir quel serait le juge *compétent* dont aurait entendu parler la loi, nous chercherions quel est l'ordre commun en matière de compétence; et, trouvant bientôt que la compétence a été déterminée à raison du lieu du délit et de celui de la résidence habituelle ou momentanée du prévenu, nous reconnaîtrions que le juge d'instruction de l'arrondissement où le jugement annulé a été rendu est l'un des juges d'instruction *compétens*, comme l'entend la loi, et peut-être (nous savons dans quel cas) le seul juge d'instruction *compétent*.

Eh bien! l'art. 230 est rédigé précisément, comme je supposais tout à l'heure que l'était l'art. 214. Il dit seulement que la cour indiquera le tribunal qui doit connaître de l'affaire; mais il n'ajoute point que ce tribunal sera autre que celui qui, formé en chambre du conseil, a déjà eu à statuer sur le rapport du juge d'instruction. Quelle difficulté peut-il donc rester?

On dit : les raisons de décider sont les mêmes; pareille doit être la décision. Je pourrais, comparant encore les ordonnances des chambres du conseil aux jugemens des tribunaux, signaler, entre les cas prévus par ces deux articles, de notables différences. Ne serait-il pas, en effet, bien extraordinaire que la loi, si elle eût voulu dire la même chose, l'eût exprimée d'une manière si différente? Mais, l'analogie fût-elle parfaite, cela ne suffirait pas. J'ai fait voir quelle est la règle, l'exclusion que prononce la disposition finale de l'art. 214 est évidemment une exception aux articles 23 et 63 du Code d'instruction criminelle. Or « toute exception est de » droit étroit; et tout cas non compris littéralement dans l'exception

(1) Dallos, 10 avril 1829, an 1829, I, 218.

Digitized by Google

» reste, par cela seul, sous l'empire de la règle générale. Qu'il y ait ou » qu'il n'y ait pas *identité* de raison pour comprendre dans l'exception » tel cas sur lequel le législateur ne l'a pas fait porter nommément, c'est » ce qu'il n'appartient pas aux juges d'examiner. Si le législateur avait » voulu l'y comprendre, il l'aurait dit, et dès qu'il ne l'a point dit, il est » censé ne l'avoir point voulu (1). »

Ce que je viens de dire de l'art. 214 s'applique avec plus de force encore aux §§ 3, 4 et 5 de l'art. 429. La loi y prévoit le cas où l'arrêt d'une cour royale ou bien celui d'une cour d'assises aurait été cassé, soit aux chefs seulement qui concernent les intérêts civils, soit pour cause d'incompétence, soit parce que le fait qui avait donné lieu à la condamnation se trouvant n'être pas un délit qualifié par la loi, il n'existe plus qu'un procès civil pour l'examen duquel la cour de cassation doit désigner un tribunal de première instance.

Ce cas, on le voit, diffère essentiellement du nôtre. On ne se trouve plus en matière criminelle; on est en matière civile, et le procès commence. Nous sommes bien loin, par conséquent, de l'art. 230 et des chambres du conseil. Mais ce qu'il faut surtout remarquer, c'est que la cour dont il s'agit ici est la cour de cassation, c'est-à-dire celle à laquelle il appartient de saisir et de dessaisir les juridictions. Le pouvoir que nous la voyons exercer a beaucoup d'analogie avec celui dont les art. 542 et suiv. l'ont investie. L'orateur du gouvernement en faisait lui-même la remarque, en exposant les motifs de l'art. 429. « La cour de cassation, di- » sait-il, cette cour suprême, constitutionnellement investie du droit de » prononcer sur les demandes en renvoi d'un tribunal à un autre pour » cause de suspicion légitime, fait-elle, en ce cas, autre chose que d'exer- » cer le pouvoir discrétionnaire que le projet lui attribue d'une manière » plus étendue? »

Sortons de tous ces cas particuliers et revenons à la règle qui nous a servi de point de départ. La cour de cassation l'a proclamé dans un arrêt rendu à l'unanimité le 14 mars 1817 (2) : « Les règles de compétence fixées » relativement au lieu du délit et à celui de la résidence, par les art. 23 » et 63 du Code d'instruction criminelle, ne peuvent être modifiées que » par des dispositions expresses et contraires. » Y a-t-il quelque disposition qui ait expressément dérogé à ces règles pour le cas dont nous nous occupons? non; on en convient. Au contraire, le seul article qui l'ait prévu, s'accorde avec ces règles. Qu'importerait dès lors que d'autres articles faits pour des cas différens s'en fussent écartés? Ne confondons point les juridictions; laissons à chaque disposition légale ses effets et, pour ainsi dire, son domaine, et n'allons pas créer des exceptions que la loi a rejetées par cela seul qu'elle ne les a point admises. S'il était permis d'ajouter à la loi, ce ne serait pas pour suppléer des exclusions!

NICIAS GAILLARD,
Premier avocat général à la cour royale de Poitiers.

(1) Merlin, Rép., v° Opposition à une ordonnance, n° 18.
(2) Cité par Bourguignon, note 3, sur l'art. 479.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

HISTOIRE DU DROIT.

ÉTUDES SUR LES COUTUMES.

§ II. — *Géographie de la France coutumière.*

Les divers pays qui, par leur réunion successive, ont constitué le territoire de la France actuelle, se divisent, sous le rapport du droit qui y régissait les intérêts privés, en quatre régions d'étendue inégale : 1° les pays coutumiers du nord et du milieu de la France ; 2° les pays de droit écrit du midi de la France ; 3° les Pays-Bas ; 4° les terres d'Empire.

Dans cette géographie de la France coutumière, nous nous attacherons à déterminer le territoire des différentes coutumes générales, en ajoutant l'énumération des coutumes locales qui y dérogeaient en quelques points et en modifiaient l'application, soit que ces coutumes aient été rédigées à part, ou seulement mentionnées parmi les articles de la coutume générale. Mais nous avons dû distinguer soigneusement des coutumes locales, quelque ressemblance qu'ils aient souvent avec elles, tous les droits, priviléges et franchises fondés sur titres ou sur possession immémoriale, et qui ont été constamment exclus par les commissaires de la rédaction des coutumes, quoique réservés expressément ou implicitement au profit de ceux qui les prétendaient.

I. *Pays coutumiers de France.*

1° Région du nord-est.

Notre point de départ sera au cœur des pays coutumiers, dans la France proprement dite, dans l'antique capitale du

Digitized by Google

royaume. La coutume générale de la prévôté et vicomté de Paris s'étendait, outre le ressort immédiat du Châtelet, sur la châtellenie de Triel, située dans le Vexin français, au nord de la Seine et à l'ouest de l'Oise; et sur les prévôtés, sous-bailliages et châtellenies de Poissy, Saint-Germain en Laye, Châteaufort, Montlhéry, La Ferté-Aleps (1), Brie-Comte-Robert, Tournan en Brie, Gournay-sur-Marne et Gonnesse. L'hôtel épiscopal de Meaux, avec la grande place située devant la porte de l'hôtel, vers l'église cathédrale, et quelques fiefs assis à Meaux ou aux environs, étaient aussi régis par la coutume de Paris, et ressortissaient de tout temps devant le prévôt de Paris (2). Les reliefs de certains fiefs se réglaient suivant la coutume locale du Vexin français (3).

Plusieurs châtellenies autrefois dépendantes de la prévôté de Paris, et érigées depuis en bailliages particuliers, avaient leurs coutumes distinctes de celles de Paris. Ce sont d'abord les coutumes des bailliage et prévôté d'Etampes, qui s'étendaient sur un territoire peu étendu au sud de Paris, borné à l'ouest par l'Essonne, et confinant au midi au territoire de la coutume d'Orléans (4). Un plus petit territoire encore, entre les coutumes de Paris, d'Etampes et de Montfort-l'Amaury, était régi par les coutumes du bail-

(1) Il y a contestation pour la Ferté-Aleps, revendiquée à tort pour la coutume d'Etampes, puisqu'elle ne figure pas parmi les comparutions au procès-verbal de la coutume d'Etampes rédigée postérieurement à cette contestation; on ne voit pas non plus que la Ferté-Aleps ait eu des coutumes particulières. *Voyez* le Procès-verbal de la nouvelle coutume de Paris (Cout. génér., t. III, p. 72).

(2) Cout. génér., t. III, p. 71. — *Voyez* les lieux pour lesquels il y a contestation entre Paris d'une part et les coutumes de Meaux, Melun, Etampes, Senlis, Montfort, Dourdan, Montargis, Clermont en Beauvaisis, etc., de l'autre : Cout. génér., t. III, p. 71-74, 113-115, 161-164, 138, 860, 863; t. II, p. 781-782.

(3) Cout. génér., t. III, p. 19. — Paris, anc. art. 2; nouv. art. 3.

(4) *Voyez* pour les oppositions formées au profit des coutumes de

Digitized by Google

liage et châtellenie de Dourdan (1). Les coutumes du comté et bailliages de Montfort-l'Amaury, Gambais, Néauphle-le-Châtel, Saint-Léger en Yveline, étendaient leur empire au sud-ouest de Paris, sur les lieux énumérés dans leur titre, sur Rambouillet, Epernon, Houdan et plusieurs autres. La prétendue coutume de Néauphle-le-Châtel, différente de celle de Montfort aussi bien que de celle de Paris, paraît n'avoir eu aucune réalité (2). Au nord de la coutume de Montfort-l'Amaury, à l'ouest de celle de Paris, s'étend le territoire des coutumes du comté et bailliage de Mante et Meulan, siége particulier du bailliage de Mante (3). La coutume locale du Vexin français pour le relief des fiefs était suivie dans la partie de ce territoire située sur la rive droite de la Seine (4).

Au nord de l'ancien ressort de Paris se trouve l'ancien ressort de Senlis, régi par trois coutumes générales, celles de Senlis, de Clermont en Beauvaisis et de Valois (5).

Le territoire de la coutume du bailliage de Senlis comprend une petite partie de la France proprement dite, la plus grande partie du Vexin français, et une partie considérable du Beauvaisis, les pays de France et de Beauvaisis étant séparés par la rivière d'Oise (6). Ce territoire est divisé en plusieurs châtellenies : savoir, Senlis, Compiègne,

Paris, Montargis, Dourdan et Orléans, Coutum. génér., t. III, p. 72, 112-115, 136, 816.

(1) *Voy.* les oppositions de Paris, Etampes, Orléans, Montfort. Coutum. génér. t. III, p. 113, 114, 135-138, 163-164.

(2) Coutum. génér., t. III, p. 73. *Voy.* les oppositions pour Paris, Dourdan, Chartres, Dreux, Orléans, Mante, Montargis. Coutum. génér., t. III, p. 73, 74, 137, 161-164, 200.

(3) *Voy.* les oppositions pour Montfort et Senlis. Coutum. génér., t. III, p. 163 et 200.

(4) *Voy.* la note de Toussaint Chauvelin sur l'art. 6, tit. 1er de la nouvelle coutume de Mante.

(5) Coutume de Senlis, art. 1 et 3.

(6) *Voy.* les oppositions pour Paris, Clermont en Beauvaisis, Valois, Mante, Coutum. génér., t. II, p. 781-782, 811-812; t. III. p. 72, 74, 200.

Digitized by Google

Pontoise, Chaumont, Creil et Chambly-le-Haut-Berger (1). De celle de Senlis dépendent le temporel de l'évêché et comté de Beauvais, avec la ville de ce nom, et les baronies et châtellenies de Mello et de Mouchy-le-Châtel (2). A celle de Compiègne ressortissent certaines terres et seigneuries assises au duché de Valois, mais exemptes de la juridiction de ce duché, et formant la prévôté de l'exemption de Pierrefonds (3). La châtellenie de Pontoise comprend celle de l'Ile-Adam (4). Celle de Chaumont, érigée depuis en bailliage séparé, comprend l'*escroissement* de Magny et la seigneurie de La Roche-Guyon (5). Enfin, la coutume du bailliage de Senlis s'étend encore sur le comté et bailliage de Beaumont-sur-Oise. La coutume locale du Vexin français, pour le relief des fiefs, était suivie dans les châtellenies de Pontoise, de Chaumont, de Mello et de Mouchy-le-Châtel (6). Pour la succession féodale, tout le territoire du bailliage se divisait en trois coutumes locales, celle de la châtellenie de Pontoise, celle de delà l'Oise, et celle en deçà de l'Oise (7). Il y avait encore quelques autres divergences locales moins importantes, et l'on voit par le Procès-verbal qu'elles avaient été anciennement plus nombreuses (8). Les coutumes locales prétendues par l'évêque de Beauvais pour son comté de Beauvais, concernaient en partie ses droits seigneuriaux, ou se trouvaient implicitement comprises sous les autres cou-

(1) Coutume de Senlis, art. 5-12.

(2) *Ibid.*, art. 28 et 34.

(3) *Ibid.*, art. 2. Une autre partie des exempts de Valois ressortissait directement à Senlis et non à Compiègne.

(4) *Ibid.*, art. 75.

(5) *Ibid.* art. 80, 82, et la note sur l'art. 10. *Voy.* aussi le Procès-verbal, p. 735-736.

(6) *Ibid.*, art. 156, 166, Procès-verbal, p. 756.

(7) *Ibid.*, art. 136, 137, 139.

(8) *Voy.* les art. 235, 247, 263, 264 de la coutume et le Procès-verbal

Digitized by Google

tumes locales; car elles n'ont pas été rédigées séparément (1).

Si, d'après ce qui précède, une partie du Beauvaisis était soumise à la coutume de Senlis, une autre était réunie à la Normandie, une troisième au bailliage d'Amiens, une quatrième et dernière était régie par les coutumes générales du bailliage et comté de Clermont en Beauvaisis. Le territoire de ce bailliage se composait de deux parties dont l'une était située autour de la ville de Clermont, entre les coutumes de Senlis et de Montdidier; l'autre, formant la prévôté de Milly, était située au nord-ouest de Beauvais, avoisinant la Normandie et cette partie du Beauvaisis qui ressortissait à Amiens (2).

Le Valois était, aussi bien que le comté de Clermont, de l'ancien ressort de Senlis. Les coutumes du bailliage et duché de Valois s'étendaient sur les châtellenies de Crespy, la Ferté-Milon, Pierrefonds, Béthisy et Verberie; tandis que les châtellenies de Neuilly-Saint-Front et d'Oulchy-le-Châtel, quoique réunies au duché de Valois, se gouvernaient par les coutumes du bailliage de Vitry en Champagne (3).

La France proprement dite avec le Vexin français, le Valois et le Beauvaisis, a au nord la Picardie avec l'Artois; au nord-est le Vermandois; à l'est la Champagne avec la Brie, le Barrois et l'Argonne.

La Picardie est régie par cinq coutumes générales, celles

sur les articles 104, 139, 144, 146, 151, 161, 176, 179, 210, 226, 248, 255, 268.

(1) *Voy.* le Procès-verbal, p. 734, 735.

(2) Cela résulte des comparutions. Coutum. génér., t. II, p. 778-781. *Voyez* les oppositions pour Senlis, Amiens, Paris. *Ibid.*, p. 743, 781, 782.

(3) *Voy.* l'intitulé de la coutume de Valois et le Procès-verbal. Coutum. génér., t. II, p. 814. Les oppositions pour Senlis et Vermandois. *Ibid.* p. 552, 743, 811, 812.

Digitized by Google

de Péronne, de Ponthieu, d'Amiens, de Boulenois et de Calais (1).

Les coutumes du gouvernement de Péronne, Montdidier et Roye, régissent un territoire situé sur les deux rives de la Somme, entré l'Artois au nord, l'Amiénois à l'ouest, les bailliages de Senlis et de Clermont en Beauvaisis au sud, le Vermandois à l'ouest (2). Chacune des prévôtés de Péronne, de Montdidier et de Roye, dont ce gouvernement se compose, a quelques coutumes particulières et locales (3), ainsi que les villes de Péronne et de Roye (4). La récompense due par l'aîné aux puînés pour retirer de leurs mains le quint des fiefs qui leur est échu, se règle diversement selon que les fiefs sont situés au-delà de la Somme, du côté de Vermandois et d'Artois, ou en-deçà de la Somme, du côté de France (5).

Le territoire des coutumes générales de la sénéchaussée et comté de Ponthieu s'étend de même des deux côtés de la Somme, mais à l'ouest de l'Amiénois ; sur la rive droite, le Ponthieu atteint jusqu'à la mer ; sur la rive gauche, il est séparé de la mer par le Vimeu, et, composé de plusieurs bandes étrangement découpées, il confine au sud à la Normandie et au comté d'Eu. Les coutumes locales de la ville et banlieue d'Abbeville, et celles de la ville, pays et banlieue de Marquenterre-sur-la-mer, dérogent à la générale de Ponthieu.

C'est entre la sénéchaussée de Ponthieu et la Normandie d'une part, le gouvernement de Péronne de l'autre, qu'est comprise la partie la plus importante du territoire des cou-

(1) *Voy.* les cartes de l'Artois et de la partie méridionale de la Picardie, par Delisle, 1711 et 1712.

(2) *Voy.* l'opposition pour Vermandois. Coutum. gén., t. II, p. 550-551.

(3) Nouv. coutume de Péronne, art. 87-90, 258, 259, 263.

(4) *Ibid.*, art. 86 et 91, pour les coutumes particulières de la ville de Montdidier, *voy.* le procès-verbal. Coutum. gén., t. II, p. 656-657.

(5) Nouv. coutume de Péronne, art. 170.

Digitized by Google

tumes générales du bailliage d'Amiens, savoir: les six prévôtés royales d'Amiens, de Beauquesne, de Doullens, de Saint-Riquier, de Foulloy (comprenant la ville de Corbie) et de Beauvaisis; deux autres prévôtés étaient situées, celle de Vimeu, entre le comté d'Eu, le Ponthieu, la Somme et la mer (1); celle de Montreuil, au nord du Ponthieu, à l'ouest de l'Artois et au sud du Boulenois.

Lors de la première rédaction de la coutume d'Amiens, son territoire avait une bien autre étendue : l'Artois tout entier était divisé entre la prévôté de Montreuil et la prévôté foraine de Beauquesne; et les officiers de ces deux prévôtés élevaient des prétentions jusque sur le Boulenois et sur les châtellenies de Lille, Douay et Orchies. Mais ces prétentions trouvèrent une résistance invincible dans les officiers du Boulenois et des châtellenies alors françaises de Flandre (2); et l'Artois fut démembré du bailliage d'Amiens lorsque le traité de Madrid l'eut soustrait à la souveraineté de la France.

Chacune des prévôtés du bailliage d'Amiens alléguait des coutumes locales dérogeantes aux coutumes générales du bailliage. Les coutumes locales de la ville, loi, mairie, prévôté, échevinage et banlieue d'Amiens, réservées comme coutumes de la ville d'Amiens lors de la première rédaction, ne furent admises à titre de coutumes de prévôté qu'à la seconde (3). Les coutumes locales des prévôtés de Montreuil-sur-la-mer, Saint-Riquier, Doullens et Foulloy sont comprises dans les deux rédactions. Il en est de même de celles de la prévôté foraine de Beauquesne du côté d'Artois et de-là la rivière d'Authie, quoiqu'elles eussent perdu, par la

(1) Pour la plus grande partie du moins; car la ville d'Oisemont, qui en dépendait (Coutume loc. de Vimeu, art. 1), est située à l'est du Ponthieu, et contiguë au corps principal du bailliage d'Amiens.

(2) *Voy.* le Procès-verbal de l'anc. coutume d'Amiens; Coutum. génér., t. I, p. 113-114.

(3) *Voy.* Coutum. génér., t. I, p. 117, 119, 219, 220.

Digitized by Google

distraction de l'Artois, la plus grande et la plus importante partie de leur territoire particulier. Lors de la première rédaction, les coutumes locales de la prévôté de Vimeu avaient été présentées, mais ne purent être publiées, parce que le cahier en avait été mangé par les chiens, ainsi que Dumoulin l'explique dans une note (1), et il en était résulté que les sujets de cette prévôté restèrent soumis à la coutume générale. Cette rigueur fut corrigée lors de la nouvelle rédaction, qui admit ces coutumes locales. Quant à la prévôté de Beauvaisis, qui avait deux siéges, l'un à Amiens même, l'autre à Grandvilliers (2), ses coutumes locales avaient été admises lors de la première rédaction; mais, à la nouvelle, il fut dit, sur la demande expresse des officiers de la prévôté, qu'elle serait dorénavant régie et gouvernée pour le tout par la coutume générale.

Dans la prévôté de Beauvaisis, du bailliage d'Amiens, se trouve compris le territoire considérable du vidamé de Gerberoi, appartenant à l'évêque de Beauvais, qui prétendait, contre les officiers du roi, le tenir en pairie de la même manière que son comté de Beauvais. Les coutumes du vidamé de Gerberoi, rédigées dans le même temps que les coutumes d'Amiens le furent pour la première fois, avaient été réservées par les commissaires avec toutes les coutumes locales des terres et seigneuries comprises sous les huit prévôtés royales du bailliage. La publication, qui devait en être faite postérieurement, n'eut point lieu, et lors de la nouvelle rédaction des coutumes d'Amiens, celles de Gerberoi ne furent point admises. Le vidamé de Gerberoi est donc resté soumis purement et simplement à la coutume générale d'Amiens, et la rédaction de la coutume de Gerberoi n'a plus été considérée que comme un titre particulier et comme une reconnaissance faite par les vas-

(1) Coutum. génér., t. I, p. 137.
(2) Coutum. génér., t. I, p. 154.

Digitized by Google

saux et sujets du vidame des droits féodaux et seigneuriaux prétendus par lui (1).

Au nord de la prévôté de Montreuil-sur-la-mer, du bailliage d'Amiens, s'étendait, entre l'Artois et la mer, le territoire des coutumes générales du comté, pays et sénéchaussée de Boulenois. On y suivait, outre les générales, les coutumes locales de la ville, basse ville, bourgage et banlieue de Boulogne-sur-la-mer; celles du lieu et bourgage de Desvrenes, celles de la ville et banlieue d'Etaples-sur-la-mer, celles de la ville de Wissant, celles du village de Herly, celles de la terre et seigneurie de Quesques en Boulenois ; enfin, celles du baillage de Nédonchel, enclavé dans l'Artois (2).

Si les prétentions élevées par les officiers de la prévôté de Montreuil sur le Boulenois restèrent sans succès, à plus forte raison Calais, ancienne dépendance du comté de Boulogne, mais occupé alors par les Anglais, ne pouvait-il dépendre de cette prévôté. Le bailliage souverain d'Ardres et du comté de Guines, au contraire, situé entre le territoire de Calais et la partie de l'Artois qui ressortissait à Montreuil, était compris dans cette même prévôté et régi par les mêmes coutumes, sauf quelques dérogations contenues au cahier des coutumes générales du comté de Guines (3), rédigé en 1567, pour être ensuite présenté aux commissaires chargés de la réformation de la coutume d'Amiens, et confirmé par eux. Cette confirmation ne paraît pas avoir eu lieu. Mais dès avant, Calais avait été repris sur les Anglais en 1558, et la question s'éleva de savoir par quelle coutume devaient être gouvernés les Pays Reconquis. Par

(1) *Voy.* pour tout ce qui concerne le vidamé de Gerberoi, les Procès-verbaux des coutumes de Senlis et d'Amiens (Coutum. génér., t. I, p. 117, 207; t. II, p. 734), les notes sur l'art. 99 de la coutume de Senlis, et surtout une note de Ricard sur Gerberoi. Coutum. génér., t. I, p. 222 et suiv.

(2) Nouvelle coutume de Boulenois, art. 13.

(3) *Voy.* l'intitulé de ces coutumes et leur art. 24 et dernier.

Digitized by Google

ses lettres de 1571, Charles IX octroya aux colons qui y avaient été envoyés, d'user de la coutume de Paris, ce qui vraisemblablement ne fut point à la convenance de tous les habitans. Aussi le parlement ordonna-t-il qu'avant de procéder à la vérification de cette coutume, les gens des trois états s'assembleraient à Calais, pour aviser entre eux si la coutume de Paris, dont il leur serait donné lecture, serait par eux reçue, observée et gardée. Les coutumes de la ville de Calais et Pays Reconquis furent rédigées en conséquence en 1583. Mais il est important de remarquer que les états d'Ardres et de Guines, qui avaient assisté aux deux rédactions des coutumes d'Amiens en 1507 et 1567, furent aussi convoqués en 1583 à la publication des coutumes de Calais, et y assistèrent sans opposition (1). Depuis lors, le baillage d'Ardres et le comté de Guines se trouvèrent distraits des coutumes de la prévôté de Montreuil et du bailliage d'Amiens. La ville de Calais avait quelques usances particulières dérogeantes à la coutume générale des Pays Reconquis.

L'Artois, avant son démembrement de la France en 1525, dépendait, ainsi qu'il a déjà été dit, de deux prévôtés du bailliage d'Amiens, et était régi par les coutumes générales de ce bailliage, sauf les coutumes locales. Les coutumes du bailliage de Saint-Omer, celles de la ville, cité et régale de Thérouanne (2), et celles du comté de Saint-Pol, rédigées en 1507, n'étaient pas seulement locales par rapport à la générale d'Amiens, mais aussi par rapport à la particulière de la prévôté de Montreuil-sur-la-mer, dont le ressort s'étendait sur cette partie de l'Artois, tandis que le reste se gouvernait par la coutume de la prévôté foraine de Beauquesne. Il paraît d'ailleurs que la réserve faite par les commissaires pour la rédaction des coutumes d'Amiens, en faveur des coutumes locales des terres et seigneuries,

(1) Coutum. génér., t. I, p. 21, 115, 204, 206.
(2) Cette ville a été rasée par Charles-Quint en 1553.

Digitized by Google

dérogeantes aux coutumes générales du bailliage et aux coutumes particulières des prévôtés royales, fut surtout nécessitée par le grand nombre des coutumes locales d'Artois, dont plusieurs furent rédigées, mais non publiées à cette époque. Enfin l'Artois avait des coutumes générales, qu'il eût été incommode de fractionner et de ne rédiger que comme coutumes locales suivant les circonscriptions des prévôtés royales, formées par des causes tout-à-fait indépendantes de la circonscription des coutumes. Dès 1509, le comte d'Artois fit rédiger les coutumes générales de son comté, ce qu'il put faire plus librement encore, après que la France eut renoncé à sa souveraineté sur ce pays.

Il était indispensable d'indiquer ici l'ancienne géographie coutumière de l'Artois : il ne l'est pas moins de connaître celle qui a définitivement prévalu.

L'Artois comprenait d'abord la gouvernance d'Arras avec les villes d'Arras, Aubigny-la-Marche, Bucquoy, Beaumetz, Houdain, Vitry, etc. A la gouvernance d'Arras ressortissaient, en outre, l'advouerie de Béthune, le comté de Saint-Pol (y compris Pas et Frévent), et la gouvernance d'Oisy. Les bailliages de Saint-Omer (avec Fauquemberg), d'Aire, de Lens (avec la principauté d'Espinoy), de Bapaume, de Hesdin, de Lilliers, d'Avesnes-le-Comte et d'Aubigny-le-Comte, ressortissaient, au contraire, au conseil provincial d'Artois. Il en était de même de la régale de Thérouanne, des villages de la juridiction de Saint-Vaast d'Arras, et des autres lieux de fondation ou amortissement royal, à cause des abbayes et chapitres dont ils étaient tenus en tout ou en partie. Enfin quelques villages ressortissaient aussi directement au conseil d'Artois pour avoir ressorti autrefois en première instance au parlement de Paris (1).

Les coutumes générales du pays et comté d'Artois étaient modifiées dans leur application par un nombre

(1) *Voyez* la table dans le Coutum. génér., t. I, p. 472 et suiv.

Digitized by Google

presque infini de coutumes locales des bailliages, châtellenies, terres et seigneuries, expressément réservées dans les diverses confirmations des coutumes générales. Voici l'énumération de celles qui ont été successivement rédigées.

Dans le ressort de la gouvernance d'Arras :

Les coutumes de la ville, loi, banlieue et échevinage d'Arras, chef et capitale du pays et comté d'Artois;

Les coutumes locales et prérogatives du fief et seigneurie de Baudimont, étant au faubourg de la cité d'Arras, hors la porte nommée de Baudimont;

La coutume de la terre et seigneurie de Wancourt et Guemappes;

Les coutumes locales de la terre et seigneurie de Ham;

Les coutumes de la ville, gouvernance et advouerie de Béthune;

Les coutumes du lieu et seigneurie de Richebourg-l'Advoyé;

Les coutumes générales du comté de Saint-Pol (locales d'Artois),

Et les coutumes de la ville, loi et échevinage de Saint-Pol;

Les coutumes de la châtellenie de Pernes en Ternois,

Et les coutumes locales de la ville et échevinage de Pernes;

Les coutumes des villages de Baralles et Buissy, et celles du Mont-Saint-Eloy, dans la gouvernance d'Oisy.

Dans le ressort du conseil d'Artois :

Les coutumes du bailliage de Saint-Omer,

Et les coutumes de la ville, échevinage, changle et banlieue de Saint-Omer;

Les coutumes de la seigneurie, mairie, échevinage et vicomté de Nielles-lès-Boulenois;

Les coutumes de la châtellenie et bailliage d'Aire,

Et les coutumes de la ville et banlieue d'Aire;

Les coutumes du bailliage de Lens,

Et les coutumes de la ville et échevinage de Lens;

Digitized by Google

Les coutumes de la ville et seigneurie de Lieven ;

Les coutumes de la ville, terre et seigneurie de Haines, appartenant aux religieux, abbé et couvent de Marchiennes ;

Les coutumes de la ville, terre, seigneurie et échevinage de Mazengarbe, appartenant aux mêmes religieux;

Les coutumes du baillage de Bapaume et de l'échevinage de la ville de Bapaume ;

Les coutumes de la châtellenie et du bailliage de Hesdin,

Les coutumes particulières de la ville de Hesdin,

Et les coutumes particulières et locales de plusieurs bourgs et villages, tenus de Hesdin, dérogeantes à la coutume générale du bailliage, savoir : de la terre et seigneurie de Labroie, du lieu de Wail, de Boubers sur Canche, de Fillieures, du Biez, des lieux de Haravesne et Waux ;

Les coutumes locales de la terre et seigneurie de Bouin;

Les coutumes du bailliage de Lilliers;

Les coutumes locales et particulières de la terre et seigneurie de Saulty, et de Gombremez, paroisse de Saulty, dans le bailliage d'Avesnes-le-Comte;

Les coutumes locales de la terre et seigneurie de Villiers-Châtel, dans le bailliage d'Aubigny-le-Comte;

Les coutumes du pays de l'Angle, démembré de la châtellenie de Bourbourg en Flandre, et réuni au bailliage de Saint-Omer. Il comprend quatre paroisses, savoir : Saint-Nicolas, Sainte-Marie-Kerke, Saint-Omer-Capelle (ou Saint-Omaers-Kerke) et Saint-Folquiin;

Les coutumes de la ville et châtellenie de Tournehem, ville d'Audruick et pays de Bredevarde, jadis distraits du comté de Guines. Cette coutume se supplée par la coutume de Guines, et ce n'est qu'en second lieu qu'on recourt aux coutumes générales d'Artois.

Pour compléter cette énumération des coutumes particulières de l'Artois, il ne reste plus qu'à ajouter celles des lieux de fondation ou amortissement royal. Ce sont, d'a-

Digitized by Google

bord, les coutumes locales de la terre et seigneurie d'Escoult-Saint-Quentin et Saudemont, appartenant aux prévôt, doyen et chanoines de l'église collégiale de Saint-Amé de Douay; puis les diverses coutumes des lieux appartenant en tout ou en partie aux religieux, abbé et couvent de l'église et abbaye de Saint-Vaast d'Arras.

Les coutumes générales de Saint-Vaast ont été rédigées (en 1507) comme locales de celles de la prévôté foraine de Beauquesne, du bailliage d'Amiens. Outre ces coutumes générales, il y en a bon nombre de locales, particulières aux diverses terres et seigneuries de cette église, qui sont pour la plupart éparses dans la gouvernance d'Arras. Plusieurs de ces coutumes locales, rédigées de même en 1507, savoir : celles du pouvoir et échevinage de Hées, des ville et échevinage de Frene et Montauban, de la ville et échevinage de Ficheux, de la ville et échevinage de Roclencourt, de l'échevinage, terre et seigneurie de Dainville, de la ville et échevinage de Neuville-Saint-Vaast, du pouvoir et échevinage de Demencourt, de la ville de Biache-Saint-Vaast, renvoient à la fois aux générales de l'église de Saint-Vaast et à celles de la prévôté de Beauquesne. Les coutumes locales du pouvoir et échevinage de la Vigne-lès-Arras, rédigées en 1507; celles de la ville, terres, seigneuries et échevinage de Feuchy, et celles du village de Moyenville, rédigées en 1535, renvoient simplement aux générales de Saint-Vaast; celles de la ville, prévôté et échevinage de Gorre (1507), renvoient simplement aux générales du comté d'Artois et de la prévôté de Beauquesne; celles de la ville, terre, seigneurie et échevinage de Bihencourt (1535) renvoient aux générales du bailliage de Bapaume. Les coutumes de la ville de Hamblain et échevinage de Berneville, du pouvoir de Hervain, de la ville et échevinage de Peule, de la ville et échevinage d'Athies, de la ville et échevinage des grand et petit Servin, de la ville et échevinage de Vis en Artois, de la ville et échevinage de Bailleul-Sire-Ber-

Digitized by Google

toul; de la ville, terre, seigneurie et échevinage de Billy en Berclau; de la ville, terre et seigneurie de Gaverelles; de l'échevinage de Telluch, de la ville et échevinage de Mons en Peule, de la ville et échevinage d'Isez-les-Esquerchins; de la ville, loi et échevinage d'Enneulin en Carembaut; de la ville et échevinage de Meurchin, de la ville et échevinage de Bauvain; du pouvoir des Maulx, sis au quartier de Baudimont, en la cité d'Arras, toutes rédigées en 1507; celles de la prévôté et échevinage de Saint-Michel-les-Arras (consistant en Blangy et en Fossé), et celles du village et terroir de Boilleux-au-Mont et Saint-Marcq, rédigées en 1535, ne renvoient à aucune autre. Enfin les coutumes de la terre et seigneurie de Richebourcq-Saint-Vaast, rédigées en 1669, se référèrent aux générales d'Artois, et à la disposition du droit écrit, ce qui ne veut pas dire que cette partie de l'Artois fût pays de droit écrit, mais exprime simplement cette opinion théorique assez bizarre, mais générale alors, suivant laquelle on devait interpréter les coutumes à l'aide du corps de droit et dans l'esprit des lois romaines.

L'église de Saint-Vaast tenait en amortissement royal le pays de l'Aleue, comprenant les trois paroisses de Sentié, Fleubaix et Sailly, et partie d'une quatrième, savoir, la Gorgue, contiguë à la rivière de Lys, qui faisait la séparation du comté de Flandre d'avec le pays de l'Aleue, entourée des autres côtés par le comté d'Artois et la châtellenie de Lille, sans néanmoins être mouvant et en rien sujet d'aucun de ces trois pays. Les coutumes du pays de l'Aleue ont été rédigées sous deux formes, comme discordantes des coutumes générales du comté d'Artois, et comme locales de celles de l'église de Saint-Vaast.

Nous quittons l'Artois, et la Picardie, dont il dépendit autrefois. Entre la gouvernance de Péronne et le bailliage de Vermandois, se trouvait enclavé le petit territoire des coutumes du bailliage et prévôté de Chauny, réputé de

Digitized by Google

l'Ile de France (1). Le Vermandois, auquel nous passons maintenant, est remarquable en ce qu'il contenait à lui seul quatre des six pairies ecclésiastiques, l'archevêché-duché de Rheims, l'évêché-duché de Laon, et les évêchés-comtés de Châlons et de Noyon. Les coutumes du bailliage de Vermandois, en la cité, ville, banlieue et prévôté foraine de Laon, étendaient leur autorité sur toute cette partie du Vermandois, qui a été comprise depuis, soit dans l'Ile de France, soit dans la Picardie (2). On y trouvait quatre coutumes locales : celles du bailliage de Vermandois en la cité, ville et prévôté royale de Noyon; celles des ville, prévôté et ressort de Saint-Quentin; celles de la prévôté de Ribemont, siége particulier du bailliage de Vermandois, comprenant Guise et Aubenton; celles du bailliage et gouvernement de Couci, en ce qui est de l'ancien ressort du bailliage de Vermandois et prévôté foraine de Laon. Les coutumes particulières de Soissons, Vervins, Vailly, etc., ont été abrogés (3).

Le reste du Vermandois, qui a fait depuis partie de la Champagne, était régi par deux coutumes générales : les coutumes de Châlons et ressort, en ce qui est du bailliage de Vermandois, et les coutumes de la cité et ville de Rheims, villes et villages régis selon icelles. Les premières étaient enclavées dans la Champagne propre; elles comprenaient plusieurs lieux situés aux environs de Châlons, et quelques autres épars dans le territoire de la coutume de Vitry, et jusque dans le Barrois. Les coutumes de Rheims s'étendaient sur une partie considérable du Rhémois et du Réthelois, depuis le territoire de la coutume de Laon jusqu'à la Meuse, et même au-delà (4). Les lieux régis par elle

(1) *Voy.* les oppositions pour Noyon. Coutum. génér., t. II, p. 695.

(2) *Voy.* les oppositions pour Péronne, Valois, Chauny, et celles entre Coucy et Laon. Coutum. génér., t. II, p. 550-552, 695.

(3) *Voy.* le Procès-verbal, Coutum. génér., t. II, p. 555 et suiv.

(4) Attigny, le Chêne-le-Populeux, Tourteron, Launoy, Flize,

Digitized by Google

étaient entremêlés aux lieux dépendans de la coutume de Vitry (1).

Ici nous entrons en Champagne, dont tout le nord, en ce qui n'était pas du Vermandois, était soumis aux coutumes du bailliage de Vitry en Perthois, dit le Français. L'ancien ressort de ce bailliage comprenait les dix prévôtés de Vitry, Château-Thierry, Sainte-Menehould, Châtillon-sur-Marne, Fismes, Épernay, Rouvray, Passavant en Argonne, Vertus et Larzicourt (2). De Château-Thierry, érigé en présidial, avaient dépendu les châtellenies de Neuilly-Saint-Front et d'Oulchy-le-Châtel, qui se gouvernaient selon les coutumes de Vitry, quoique faisant partie du duché de Valois (3). A Sainte-Menehould, érigé en bailliage particulier, ressortissaient les trois prévôtés royales de Sainte-Menehould, Rocroy et Villefranche-sur-Meuse, le duché de Réthelois, les baronnies de Rumigny, du Thour et de Montcornet en Ardennes, et la principauté de Porcien (4). Ces diverses parties du bailliage de Sainte-Menehould étaient toutes régies par la coutume de Vitry, excepté les lieux du Réthelois (5) qui se gouvernaient par la coutume de Reims. Une partie des lieux du Rhémois, compris dans l'ancien bailliage de Vitry, et régis par sa coutume, furent donnés au présidial de Rheims. Enfin Châtillon-sur-Marne fut érigé en bailliage, tout en restant sous la coutume de Vitry. Après ces démembrémens, Vitry conserva Passavant, Vertus, Rouvray et Larzicourt, à quoi il faut joindre la ville de Saint-Dizier, située vers le Bassigny, ainsi que la

le faubourg Saint-Julien de Mézières, ainsi que quelques enclaves du côté de l'Argonne, Montfaucon, Brieule-sur-Meuse, etc.

(1) *Voy.* les oppositions pour Vitry, Sens, Beaumont en Argonne, et entre Rheims et Châlons. Coutum. génér., t. II, p. 550-552.

(2) *Voy.* la table dans la Coutum. génér., t. III, p. 339.

(3) *Voy.* plus haut, p. 165.

(4) Coutum. génér., t. III, p. 346.

(5) Réthel, Mézières et Vouziers étaient de la coutume de Vitry.

Digitized by Google

ville de Commercy et son territoire, soumis à la coutume de Vitry, quoique enclavés entre les bailliages de Bar-le-Duc et de Saint-Mihiel.

Le Bassigny se divisait en deux parties inégales : quelques lieux étaient de l'ancien ressort du bailliage de Sens ; mais la plus grande partie était régie par les coutumes du bailliage de Chaumont en Bassigny (1). Le territoire de cette coutume comprenait Chaumont, Bar-sur-Aube, Vassy, Joinville, Vaucouleurs, Montigny-le-Roi, Nogent-le-Roi, Vignory, Château-Vilain, Essoyes, Brienne-le-Château, Piney, Ramrupt, etc. Il confinait au nord à la coutume de Vitry, à l'ouest à celle de Troyes.

Les coutumes générales du bailliage de Troyes régissent un territoire assez étendu, que celui de la coutume de Sens coupe en deux parties principales. La ville de Troyes est entourée de plusieurs mairies royales, qui s'étendent au nord jusqu'à l'Aube, et dans l'une desquelles la ville d'Arcis-sur Aube se trouve comprise. Au bailliage de Troyes ressortissent en outre les siéges royaux de Méry-sur-Seine, Virey-sous-Bar, Romilly-les-Vauldes, Nogent-sur-Seine, Pont-sur-Seine, etc., et les châtellenies de Chaource, Vandœuvre, Ervy, Saint-Florentin, Trainel, etc. Le comté de Joigny, qui ressortit pareillement au bailliage de Troyes, forme une enclave considérable entre les territoires des coutumes de Sens, d'Auxerre et de Montargis. Une autre enclave, mais beaucoup moins considérable, et située en Bourgogne, est la châtellenie de l'Ile-sous-Montréal, appelée aussi l'Ile-sur-Serain (2). Les limites entre la coutume de Troyes et celle de Sens sont très-compliquées et contestées en partie (3).

(1) *Voy.* la carte qu'a donnée de cette coutume Thiériot, Esprit de la coutume de Chaumont, 1766.

(2) *Voy.* l'état sommaire inséré au Coutum. génér., t. II, p. 296.

(3) *Voy.* les oppositions pour Sens et Auxerre. Coutum. génér., t. III, p. 543, 544, 591, 620.

Digitized by Google

Le territoire des coutumes générales du bailliage de Sens s'étend à l'ouest et au sud des bailliages de Troyes et de Chaumont, et se trouve resserrée entre ces bailliages, ceux de Montargis et d'Auxerre, et les deux Bourgognes (1), de manière à former une ceinture assez étroite, où sont compris Sens avec Villeneuve-l'Archevêque, Marcilly-le-Hayer, Brienon-l'Archevêque, Mussy-l'Évêque (ou Mussy-sur-Seine); etc.; Villeneuve-le-Roi, avec Seignelay et Chablis; Tonnerre avec Ancy-le-Franc, Ligny-le-Châtel, etc.; Langres avec Montsaujon, Montigny-sur-Aube, Prauthoy, Neuilly-l'Évêque, etc. (2). Outre les coutumes générales de ce bailliage, les coutumes locales de la ville de Sens, et les coutumes locales et particulières de Langres et comté de Montsaujon, pays et quartier de Langres, sont les seules qui aient été admises; les prétendues coutumes locales de Tonnerre ayant été rejetées (3).

De l'ancien ressort du bailliage de Sens étaient aussi, en remontant vers le nord-est, quelques parties du Bassigny et le Barrois. Aussi le duc de Lorraine et de Bar fut-il assigné, en 1555, à la rédaction des coutumes de Sens pour ses duché et bailliage de Bar, pays d'Argonne, terres et seigneuries de la Marche, Châtillon-sur-Saône, la Motte, Conflans et dépendances; et, malgré son opposition, il fut dit qu'il serait, lui et ses sujets, soumis par provision au bailliage de Sens et régi par ses coutumes, sauf les coutumes locales qu'il pourrait proposer et faire vérifier par les commissaires (4). Mais le procureur du duc se retira et se laissa condamner par défaut, sans produire aucunes coutumes locales, quoique le cahier en eût été dressé dès 1506. Le Barrois resta soumis pour le tout aux coutumes

(1) *Voy.* les oppositions pour Melun, Montargis, Troyes, Meaux, Auxerre. Coutum. génér., t. III, p. 477, 541-544, 619, 620.

(2) *Voy.* l'état inséré au Coutum. génér., t. III, p. 564.

(3) Coutum. génér., t. III, p. 561.

(4) Coutum. génér., t. III, p. 534, 545.

Digitized by Google

générales de Sens; et ce n'est qu'en vertu du concordat conclu en 1571 entre le roi de France et le duc de Lorraine et de Bar, que le Barrois et la partie du Bassigny qui appartenait au duc, furent distraits du bailliage de Sens, sans cesser pour cela de ressortir au parlement de Paris. Alors aussi furent rédigées des coutumes particulières pour le Bassigny, le Barrois et le Clermontais.

Le territoire des coutumes du bailliage et comté de Clermont en Argonne, comprenait les prévôtés de Clermont, de Varennes, des Montignons, et la baronnie de Vienne-le-Château. Les coutumes du bailliage de Bar s'étendaient sur les villes de Bar-le-Duc, Ligny, Pierrefitte, et sur tout le pays Barrois mouvant de la France. Quant aux coutumes générales du bailliage de Bassigny, leur territoire se composait de la prévôté de Gondrecourt, ancien ressort de Chaumont; des prévôtés de la Marche, Châtillon-sur-Saône et Conflans en Bassigny, ancien ressort de Sens; enfin des sénéchaussées de la Motte et Bourmont, qui ressortissait à Nancy, à l'exception du siége de Saint-Thiébaud, qui était du ressort du parlement de Paris, comme les prévôtés de Gondrecourt, la Marche, Châtillon et Conflans (1).

Le Barrois, situé sur les confins de la Lorraine, se rattache à la Champagne, à l'est, par Sens, comme l'Artois se lie à la Picardie, au nord, par Amiens. A l'ouest de la Champagne, vers la France proprement dite, est la Brie, dont une petite partie est soumise à la coutume de Paris; le reste se partage entre les coutumes générales du bailliage de Meaux, et celles du bailliage de Melun. Du premier dépendent Meaux, Lagny, Crécy, Faremoutier, Coulommiers, la Ferté-au-Col, la Ferté-Gaucher, Sézanne, Fère-Champenoise, Anglure, Provins, Bray, Montereau (2); le

(1) *Voy.* la Carte de Lorraine en six feuilles, par Jaillot.

(2) *Voy.* les oppositions pour Paris, Sens, Melun. Coutum. génér., t. III, p. 71, 74, 465, 544.

Digitized by Google

second s'étend sur Melun, Rosoy, Nangis, Donnemarie, et sur une partie du Gâtinais, entre la Seine et l'Essonne, notamment sur Fontainebleau, Moret, la Chapelle-la-Reine et Milly (1). Les coutumes locales alléguées pour plusieurs châtellenies et seigneuries du bailliage de Meaux n'ont point été publiées, parce qu'il sembla que c'étaient plus droits seigneuriaux que coutumes (2).

2° Région du milieu.

Au sud de la France propre et de la Brie, se trouve l'Orléanais, avec les pays qui s'y rattachent et les diverses coutumes qui les régissent.

La plus grande partie du Gâtinais, tant orléanais que français, à l'exception des lieux compris sous la coutume de Melun, était régie par les coutumes de Montargis, qu'on appelait aussi coutumes de Gâtinais ou de Lorris. Les coutumes de Lorris étaient célèbres au moyen-âge; on entendait d'abord par là les franchises et priviléges de cette petite ville, plutôt que des coutumes dans la signification précise que ce mot reçut plus tard. Ce nom de coutumes de Lorris s'étendit de proche en proche aux coutumes non seulement du Gâtinais, mais encore de la Beauce et de la Sologne, qui étaient les mêmes, à de légères différences près. Lorsqu'il s'agit de rédiger officiellement ces coutumes, chacun des deux bailliages d'Orléans et de Montargis prétendit embrasser, au moins pour le fait des coutumes et comme étant de son ancien ressort, le territoire tout entier des coutumes de Lorris, qui avait été partagé entre eux. Ainsi les états du bailliage de Montargis furent assignés à Orléans; ceux du bailliage d'Orléans, à Montargis. Malgré ces oppositions réciproques (3), deux coutumes

(1) *Voy.* les oppositions pour Paris, Montargis, Meaux, Sens, Coutum. génér., t. III, p. 72, 74, 430, 464, 465, 477.

(2) Coutum. génér., t. III, p. 399-403.

(3) Coutum. génér., t. III, p. 764-765, 767, 816, 859, 864-867. La

Digitized by Google

furent rédigées. Ce sont, d'abord, les coutumes de Lorris, des bailliage et prévôté de Montargis, Saint-Fargeau, pays de Puisaye, Châtillon-sur-Loing, comtés de Gien, de Sancerre, duché de Nemours, en ce qui est au pays de Gâtinais, châtellenie de Château-Landon et autres lieux régis et gouvernés par ces coutumes (1). En effet, les coutumes de Montargis ne s'étendaient pas seulement sur le Gâtinais, mais encore sur une partie du pays de Puisaye, où il y avait les coutumes locales de Blenau et de Toucy (2), et au sud de la Loire, sur une partie assez considérable du Berry, savoir : les comté et pays de Sancerre, châtellenies d'Aubigny-sur-Nerre, la Chapelle d'Angillon, Concressault (3), Saint-Brisson, Cernoy; les terres et justice d'Autry-la-Ville, Autry-le-Châtel, Pierrefitte-ès-Bois, Blancafort; les châtellenies et justices de Vailly, Barlieu, Champignon, Maison-Tout et Saulogne; Sancergues, etc., où il y avait aussi quelques coutumes locales (4). Les coutumes locales des terres, justices et seigneuries de la Tour-de-Vefvre et Neuvy-à-deux-clochers, et celles de la châtellenie de Beaujeu, terres, justices et seigneuries des Quartiers-Rogiers, ont été rédigées comme locales de

coutume de Montargis contient des dispositions particulières pour Orléans, Meung, Jargeau, Sully, Saint-Benoit, Janville, chap. 1er, art. 40 et 64; l'ancienne coutume d'Orléans, au contraire, des dispositions pour Gien et Châtillon-sur-Loire, art. 144.

(1) *Voy.* l'intitulé de la coutume de Montargis. Les oppositions pour Chartres, Paris, Etampes, Montfort, Sens, Melun, Auxerre. Coutum. génér., t. III, p. 113, 115, 164, 429, 464, 465, 477, 541-544, 590, 620, 621, 859-863, 975, 978, 980, 990, 991.

(2) Coutume de Montargis, ch. 2, art. 49; ch. 4, art. 21; ch. 19, art. 10.

(3) Quelques points des coutumes de Concressault sont mentionnés dans les nouvelles coutumes de Berry, tit. Ier, art. 2, tit. II, art. 16, 24.

(4) Coutume de Montargis, chap. 1er, art. 91 et suiv.; chap. 2, art. 44, chap. 3, art. 9; chap. 4, art. 20; chap. 11, art. 9; chap. 13, art. 11; ch. 17, art. 4.

Digitized by Google

Berry. Enfin il y avait des coutumes locales à Gien et à Châtillon-sur-Loire (1).

Une petite partie du Gâtinais, la Beauce et la Sologne, formaient le territoire des coutumes du duché, bailliage et prévôté d'Orléans, « lesquelles d'ancienneté ont été vulgairement appelées les coutumes de Lorry, pour ce que Lorry est une des châtellenies dudit bailliage, où elles furent lors rédigées par écrit » (2). Ce territoire comprend, outre le ressort du châtelet d'Orléans, les châtellenies de Lorris, Janville, Beaugency, Bois-Commun, Yèvre-le-Châtel, Châteauneuf-sur-Loire, Vitry-aux-Loges, Neuville-aux-Loges et Pithiviers. Il paraît même s'être étendu dans le Blaisois, puisque les états de Suèvres furent assignés et comparurent en partie aux deux rédactions des coutumes d'Orléans (3). La ville d'Orléans a quelques coutumes particulières (4), ainsi que la châtellenie de Janville (5). Les droits de pâturage se règlent diversement selon qu'il s'agit des lieux situés au pays de Beauce, hors la forêt d'Orléans, ou de ceux qui sont situés au pays de Sologne, Val-de-Loire, Gâtinais et forêt d'Orléans (6).

Au nord-ouest du bailliage d'Orléans est le territoire des coutumes de Chartres, pays Chartrain, baronnies et châtellenies d'Alluye, Brou, Auton, Montmirail et la Bazoche-

(1) Coutume de Montargis, chap. 1er, art. 40, chap. 2, art. 1.

(2) *Voy.* l'intitulé de l'anc. coutume d'Orléans. Cette hypothèse d'une ancienne rédaction des coutumes d'Orléans à Lorris n'a aucun fondement historique, et repose sur la confusion entre les priviléges de Lorris et les coutumes de ce nom.

(3) Ancienne coutume d'Orléans, art. 144, et Coutum. génér., t. III, p. 765, 815. 816. *Voy.* d'ailleurs les oppositions pour Etampes, Dourdan, Montfort, Chartres, Blois, *Ibid.*, p. 112, 114, 135, 156, 161, 162, 164, 762-766, 815, 816.

(4) Ancienne coutume, art. 115, 123, 124, 307, 323; nouvelle, art. 124, 135, 136, 270, 271, 442.

(5) Ancienne coutume, art. 65. Coutume de Montargis, art. 64.

(6) Ancienne coutume, art. 144. Nouvelle, art. 148.

Digitized by Google

Gouet, étant au Perche-Gouet, et autres châtellenies étant au bailliage de Chartres (1). Dans le prolongement occidental de ce territoire, on observait la coutume locale des cinq Baronnies et Perche-Gouet, qui dérogeait en plusieurs points à la générale. Au nord, entre le bailliage de Montfort à l'est et la Normandie au nord-ouest, se trouve le Drouis, petit pays régi par les coutumes de l'auditoire et bailliage du comté de Dreux (2). De là, en remontant au sud-ouest, on rencontre successivement le territoire des coutumes générales de la baronnie, châtellenie, terres et seigneuries de Châteauneuf en Thimerais, ressort français (3), qui comprend Châteauneuf, Senonches, la Ferté-le-Vidame, Thimer, et quelques lieux du Chartrain et du Drouis (4); et puis ensuite le territoire des coutumes du pays, comté et bailliage du Grand-Perche, comprenant les siéges de Mortagne, Bellême et Nogent-le-Rotrou (5). Ces coutumes sont générales par tout le Grand-Perche, sauf quelques légères différences pour les lods et ventes dans la châtellenie de Mortagne, à l'exception de Regmallard, et dans la baronnie de Longny (6). Les autres coutumes locales alléguées par le baron et châtelain de Longny, et les prétendues coutumes locales de la châtellenie de la Mothe-Diversay n'ont point été admises (7).

Au sud du Perche et du Chartrain, le Dunois, le Vendô-

(1) *Voy.* les oppositions pour Montfort, Perche, Châteauneuf en Thimerais, Orléans, Montargis, Blois. Cout. génér., t. III, p. 161-164, 668-670, 695, 762-767, 815, 859.

(2) *Voy.* les oppositions pour Montfort et Châteauneuf en Thimerais, Coutum. génér., t. III. p. 163, 695.

(3) *Voy.* plus bas pour le ressort Normand.

(4) *Voy.* les oppositions pour Chartres et Dreux, Coutum. génér., t. III, p. 695.

(5) *Voy.* les oppositions pour Chartres, Coutum. génér., t. III, p. 668, 669.

(6) Nouvelle coutume du Perche, art. 86, 87.

(7) Coutum. génér., t. III, p. 668-669, 676-679.

Digitized by Google

mois et le Blaisois forment le territoire des coutumes générales du pays, comté et bailliage de Blois, qui s'étend en outre dans la Sologne, et, vers le sud, jusque fort avant dans le Berry (1). Ces coutumes générales sont modifiées dans plusieurs parties de leur territoire par un nombre assez considérable de coutumes locales, surtout dans le Dunois, la Sologne et le Berry, tandis que le Blaisois proprement dit et le Vendômois sont régis pour le tout par la coutume générale. Sous les coutumes locales du comté et bailliage de Dunois, sont aussi comprises les seigneuries de Marchenoir et Fréteval, membres dépendans de ce comté. Dans la Sologne, il y a les coutumes locales de la châtellenie de Romorantin, Millançay, Villebrosse et Billy; celles de la baronnie de la Ferté-Ymbaut, sous laquelle est le bailliage de Salbris (2); celles de la terre et seigneurie de Souesmes; celles de la châtellenie de la Ferté-Aurain; celles de Tremblevif et Villebrosse; celles de la châtellenie de Villefranche-sur-Cher; celles de la seigneurie et bailliage d'Autroche. Dans les parties du Berry incorporées au comté de Blois (3) ou seulement soumises à sa coutume, se trouvent les coutumes locales de la baronnie et seigneurie de Saint-Aignan; celles de la châtellenie de Menetou-sur-Cher; de la châtellenie de Selles-sur-Cher; de la châtellenie, terre, justice et seigneurie de Chabris; de la châtellenie de Valançay; des terres et châtellenies de Vatan, Buxeuil, Villeneuve-sous-Barillon et Puy-Saint-Laurian; de la châtellenie de Moulins en Berry, tenue de la châtellenie de Saint-Aignan; des terres et châtellenies de Levroux et Bouges; enfin de la baronnie de la Rue-d'Indre, située dans les faubourgs de Châteauroux, dont on y suit les

(1) *Voy.* les oppositions pour Orléans, Berry, Chartres et Touraine, Coutum. génér., t. III, p. 816, 977, 981, 990, 1113; t. IV, p. 683, 684,

(2) Coutum. génér., t. III, p. 1091, note *b*.

(3) Coutum. génér., t. III, p. 1078, note *b*.

Digitized by Google

coutumes, ainsi qu'à Chezelles et dans les autres châtellenies et justices qui en dépendent (1).

Par le territoire des coutumes de Blois, l'Orléanais confine au sud-ouest à celui des coutumes générales du duché et bailliage de Touraine, qui comprend les siéges royaux de Tours, Amboise, Chinon, Loches, Châtillon-sur-Indre, Langeais, et la châtellenie de Montrichard (2), et s'étend au sud-est sur une partie du Berry, le long de l'Indre. Les prétendues coutumes locales (3) du siége de Châtillon-sur-Indre, de la seigneurie de Fromenteau (appartenant à l'église de Loches), de la baronnie d'Amboise, de Montrichard, de Mairemoutier-lès-Tours, de la baronnie de Preuilly, de la châtellenie de la Roche-de-Pouzay, de la vicomté de la Guerche, de la baronnie de Ligueil, de la châtellenie des Ecluses; celles des lieux situés en la temporalité de Touraine et en la spiritualité de Berry, savoir : de la Motte-sur-Indre, de la baronnie et comté de Buzançais, seigneuries d'Estuille, Heugnes, les quatre paroisses de Lamp, membres dépendans et annexés à ce comté (4); de la châtellenie de Bauche, de la baronnie de Saint-Genou-sur-Indre, de la seigneurie du Goudray, de la baronnie de Mézières, d'Azay-le-Ferron, de la châtellenie de Saint-Gyran en Brenne, de la châtellenie de l'Ile Savary, de la châtellenie d'Argy (5); celles des lieux autrefois dépendans du comté de Blois (6), savoir : de la châtellenie de Château-Regnault, de la seigneurie d'Herbault, de la seigneurie de Fracine, ne sont à vrai dire que des droits seigneuriaux;

(1) Coutum. génér., t. III, p. 1101.

(2) *Voy.* les oppositions pour Blois et Anjou, Contum. génér., t. IV, p. 683-684.

(3) Coutum. génér., t. IV, p. 621 et suiv.; p. 701 et suiv.

(4) Coutum. génér., t. IV, p. 678, 701.

(5) Coutum. génér., t. IV, p. 708.

(6) Coutum. génér., t. III, p. 1102; t. IV, p. 626-627, 707.

Digitized by Google

aussi ont-elles été réservées aux seigneurs qui les prétendaient, mais non admises comme coutumes.

Au sud-ouest de la Touraine se trouve le petit territoire de la ville de Loudun, enclavé entre la Touraine, l'Anjou et le Poitou, et régi par les coutumes générales des terres, pays et seigneuries de Loudunois (1).

A l'ouest de la Touraine est l'Anjou; à l'ouest du Vendômois et du Perche, au nord de l'Anjou, est le Maine. Les coutumes générales des pays et comté du Maine s'étendent sur les siéges du Mans, de Beaumont, de Fresnay, de la Ferté-Bernard, du Château du Loir, de Mayenne, et sur le comté de Laval. Les coutumes du pays et duché d'Anjou ont un territoire non moins étendu (2). Outre l'Anjou, elles régissent encore, comme coutumes générales, modifiées par les coutumes locales de Faye-la-Vineuse et de la baronnie de Mirebeau et pays de Mirebalais (3), un petit territoire séparé de l'Anjou par le Loudunois, et enclavé entre ce dernier pays, la Touraine et le Poitou.

A l'opposite de l'Anjou et du Maine, l'Orléanais touche à l'est, par le bailliage de Montargis, à celui d'Auxerre et au Nivernais. Les coutumes du comté et bailliage d'Auxerre ne s'étendent pas seulement sur la ville d'Auxerre et tout l'Auxerrois, touchant à la Bourgogne, au bailliage de Sens et au comté de Joigny, mais encore sur Vezelay, Donzy, Cosne-sur-Loire, Saint-Amand, Saint-Sauveur et plusieurs autres villes et villages des pays de Donziois et de Puisaye (4). Les coutumes locales de la châtellenie de Varzy, et quelques autres divergences, admises dans la première rédaction de la coutume, ont disparu dans la nou-

(1) *Voy.* la carte de la généralité de Poitiers, par Jaillot, 1732.

(2) *Voy.* les oppositions pour Touraine, Coutum. génér., t. IV, p. 684.

(3) Coutum. génér., t. IV, p. 596-597; Dupineau sur Anjou.

(4) *Voy.* les oppositions pour Troyes, Sens, Montargis, Nivernais, Coutum. génér., t. III, p. 545, 591, 617-621.

Digitized by Google

velle (1). Les coutumes de Nivernais régissent un territoire assez considérable, situé au sud du Donziois, entre la Bourgogne et la Loire, qui le sépare de la partie du Berry soumise aux coutumes de Lorris. Plus au midi, ce territoire s'étend aussi par la rive gauche de la Loire, jusqu'aux limites du Berry et du Bourbonnais. Les principales parties dont il se compose sont le pays et comté de Nivernais avec les villes de Nevers et de Clamecy, la seigneurie de Château-Chinon et le bailliage royal de Saint-Pierre-le-Moutier (2). La coutume locale du Val-de-Lurcy, en fait de servitudes, a lieu dans sept paroisses de la châtellenie de Montenoison. En matière de successions, il y a coutume locale dans la ville et prévôté de Clamecy, aux châtellenies de Metz, Monceaux-le-Comte, Neufontaines, et dans la ville, faubourgs et prévôté de Saint-Léonard ou Corbigny (3).

3° Région du sud.

Les pays coutumiers que nous avons parcourus jusqu'ici sont situés sur la Loire ou au nord de la Loire : ceux que nous allons étudier sont entièrement au sud de cette rivière. Ils se divisent en deux groupes : ce qui reste du Berry, le Bourbonnais, l'Auvergne et la Haute-Marche à l'est : le Poitou, l'Angoumois, l'Aunis, une partie de la Saintonge et de la Basse-Marche à l'ouest.

Les coutumes générales des pays et duché de Berry, tant de la ville et septaine de Bourges que des autres villes et lieux de ce pays et duché, ne s'étendent, malgré la généralité de leur titre, que sur la partie, au reste considérable, du pays qui n'est pas comprise sous les coutumes de Montargis, de Blois et de Touraine (4). Ces coutumes

(1) Ancienne coutume, art. 11, 21, 32, 39, 75, 80, 90, 145, 148, 169, 265, Procès-verbal, Coutum. génér., t. III, p. 587, 589-591, 630.

(2) Coutum. génér., t. III, p. 1167-1169. *Voy.* les oppositions pour Sens, Auxerre, Berry. *Ibid.*, p. 545, 617-624, 978.

(3) Coutume de Niv., chap. 9 et chap. 34, art. 15.

(4) *Voy.* les oppositions pour Montargis, Blois et Saint-Pierre-le-Mou-

Digitized by Google

générales mentionnent elles-mêmes la coutume locale de la ville et châtellenie d'Issoudun (1), et quelques coutumes particulieres aux ville et septaine de Bourges, ville et septaine de Dun-le-Roy, Mehun sur Yèvre, et Vierzon (2). D'ailleurs, un arrêt du parlement, malgré le délai fixé à peine de déchéance pour la production des coutumes locales, réserva expressément celles-ci, lors même qu'elles concernaient autre chose que les droits des seigneurs déjà réservés par les commissaires (3). Les coutumes locales de Berry, rédigées séparément, sont celles de la ville, terre et châtellenie de Châteaumeillant, assise au ressort d'Issoudun; celles de la terre et châtellenie du Châtelet en Berry; de la ville et baronnie de Châteauneuf-sur-Cher, terres de Beauvoir et Saint-Julien; de la terre et baronnie de Lignières; de la terre et justice de Rezay; de la terre et justice de Thevé; de la prévôté de Troy, du ressort de Dun-le-Roy; enfin, de la terre et châtellenie de Nançay (4).

Au sud-est du Berry, au sud du Nivernais, les coutumes générales du pays et duché de Bourbonnais s'étendent sur le Bourbonnais tout entier, savoir : sur les châtellenies de Montluçon, Hérisson, Ainay, Murat, Verneuil, Chantelle-le-Château, Gannat, Billy, Bourbon-l'Archambault, la

tier, Coutum. génér., t. III, p. 860-862, 975, 977, 978, 980, 984, 990, 991.

(1) Nouvelle coutume de Berry, tit. Ier, art. 2; tit. II, art. 16, 17, 19, 20, 24; tit. VIII, art. 4; tit. XIV, art. 30. *Voy.* aussi Coutum. génér., t. III, p. 947, note *d*.

(2) Nouvelle coutume de Berry, tit. Ier, art. 1 et 2; tit. II, art. 15, 16, 17, 18, 24; tit. X, art. 15.

(3) Coutum. génér., t. III, p. 979 et 994, *in fine*.

(4) Les coutumes de Vefvre et de Beaujeu sont locales de la coutume de Lorris. — Il ne faut pas confondre avec les coutumes locales les franchises et priviléges de Dun-le-Roy, Preuilly, Charost, Saint-Germain-des-Bois, la Chapelle-d'Angillon, Lury, la Perouse, Vesdun, Boussac et Châteauneuf-sur-Cher, publiés par La Thaumassière et insérés dans le Coutumier général.

Digitized by Google

Bruyère, Moulins, Germigny et Vichy, et sur quelques parties de la Basse-Auvergne, notamment sur Saint-Pourçain (1). Il y a, sous la coutume générale de Bourbonnais, les coutumes locales de Verneuil, de Billy, de Germigny, de Saint-Pourçain, et, quant aux tailles personnelles seulement, la coutume locale des quatre châtellenies de Murat, Hérisson, Montluçon et Chantelle (2).

Les coutumes générales du haut et bas pays d'Auvergne s'étendent sur les deux bailliages royaux de Montferrand et des Montagnes d'Auvergne, et sur le ressort de la sénéchaussée du duché d'Auvergne, c'est-à-dire sur toute l'Auvergne, tant haute que basse, à l'exception seulement des lieux régis par la coutume de Bourbonnais et de ceux qui sont de droit écrit. Les lieux situés au pays coutumier d'Auvergne font de beaucoup la plus grande partie de la province. On y trouve une multitude de coutumes locales concernant, pour la plupart, le réglement des biens entre époux ou les pâturages. Le détail en serait infini, et il suffira de renvoyer au 4e volume de l'excellent ouvrage de Chabrol sur la coutume d'Auvergne (1784-1785). Le territoire des coutumes d'Auvergne comprend aussi le comté de Montpensier, qui a des coutumes locales différentes selon qu'il s'agit de la ville d'Aiguesperse ou du plat pays situé hors de cette ville; et la Haute-Marche d'Auvergne, qui se compose du pays de Combrailles et du Franc-Aleu, et où il y a aussi quelques coutumes locales.

De la Marche d'Auvergne, nous passons dans la Marche proprement dite, ou Marche du Limousin. Les coutumes générales du haut pays du comté de la Marche régissent

(1) *Voy.* les oppositions pour Auvergne, Coutum. génér., t. III, p. 1286, 1287, et la table des lieux de l'Auvergne régis par la coutume de Bourbonnais, dans Chabrol, t. Ier.

(2) *Voy.* la nouvelle coutume de Bourbonnais, art. 192-196, 202, 203, 498-502; les locales de Bourbonnais, à la fin des générales; et les locales d'Auvergne, Coutum. génér., t. IV, p. 1199.

Digitized by Google

les sept châtellenies de Gueret, Drouilles, Chenerailles, Felletin, Ahun, Aubusson et Jarnages (1).

La Basse-Marche est en partie pays de droit écrit, et en partie soumise aux coutumes générales du comté et pays de Poitou. Le vaste territoire de ces dernières embrassait tout le Poitou avec les siéges de Poitiers; Fontenay-le-Comte; Niort, Montmorillon, Civray, Saint-Maixent et Melle; l'Ile-de-Noirmoutier; l'Ile-Dieu et l'Ile-de-Bonin; la petite Marche de Poitou avec Rochechouard; la sénéchaussée de la Basse-Marche avec Bourganeuf, Pontarion, Saint-Benoît-du-Sault; et la ville et sénéchaussée du Dorat, située aussi dans la Basse-Marche (2).

Au sud du Poitou, le pays d'Aunis et l'Ile-de-Ré sont régis par les coutumes générales de la ville et gouvernement de la Rochelle. Les coutumes de la sénéchaussée et pays de Saintonge au siége et au ressort de Saint-Jean-d'Angély, s'étendent sur la partie septentrionale de la Saintonge, jusqu'à la Charente, plus quelques lieux situés sur la rive gauche de cette rivière, et moins quelques autres régis par le droit écrit, quoique situés sur la rive droite (3). Enfin, les coutumes générales de la comté et sénéchaussée d'Angoumois ont pour territoire toute la province de ce nom.

4° Région de l'ouest.

Jusqu'ici nous n'avons dépassé les limites du ressort du parlement de Paris que par accident, pour une petite partie du Bassigny, qui ressortit à Nancy, et pour la Sain-

(1) Coutum. génér., t. IV, p. 1101, note *a*.

(2) Il y a eu opposition pour le Dorat, dont les habitans prétendirent être régis tant selon la disposition du droit écrit, que par des coutumes et observances contraires à celles de Poitiers; mais il a été décidé par arrêt du parlement, que les art. 268 et 269 de la coutume de Poitou, relatifs aux solennités des testamens, devaient être observés au Dorat. Coutum. génér., t. IV, p. 775, note *a*, p. 823.

(3) Coutum. génér., t. IV, p. 870. *Voy.* l'opposition pour le Poitou. *Ibid.*, p. 823.

Digitized by Google

tonge, qui ressortit à Bordeaux. Pour compléter la géographie des pays coutumiers de France, il nous reste à voir les ressorts des parlemens de Normandie, de Bretagne et de Bourgogne, séant à Rouen, Rennes, Dijon et Besançon (autrefois Dôle).

Le ressort de chacun des deux parlemens de Rouen et de Rennes n'est régi que par une seule coutume générale : les coutumes du pays et duché de Normandie et les coutumes générales du pays et duché de Bretagne ; mais il y a, dans le territoire de l'une et de l'autre de ces coutumes générales, plusieurs locales, que nous allons énumérer.

Dans la partie de la Normandie située au nord de la Seine, il y a d'abord la coutume locale de Caux, qui s'étend dans tout le bailliage de ce nom et sur quelques lieux de la vicomté de Rouen (1). Cette coutume locale admet elle-même certaines modifications à Gournay et à Aumale, et dans quelques autres lieux de la vicomté de Neufchâtel et de celles de Caudebec, Arques et Montivilliers. Toute cette partie de la Normandie jusqu'à la Seine est séparée de la France et du Beauvaisis par la rivière d'Epte, sauf vingt-quatre paroisses, hameaux et villages du Beauvaisis, situés au-delà de l'Epte et épars parmi les villages du vidamé de Gerberoi, qui ont été réunis à la Normandie sous le nom des *conquêts Huë de Gournay et spéciautés de Beauvaisis*, tout en conservant certaines coutumes locales (2).

Sur les deux rives de la Seine sont les bailliages de Rouen et de Gisors. Dans le premier, il n'y a que les coutumes locales de Jumièges, dans la vicomté de Rouen, et celles du village de la Haie-Malherbe, dans la vicomté du Pont-de-l'Arche. Les vicomtés du Pont-Audemer et d'Auge n'ont

(1) Coutume de Normandie, art. 279-303, 363, 434, 448, Coutum. loc. de la Vicomté de Rouen, art. 1.

(2) *Voy.* ces coutumes, et la note de Ricard sur Gerberoi, Coutum. génér., t. Ier, p. 223.

Digitized by Google

aucune coutume locale (1). Le bailliage de Gisors ou Vexin normand a quelques coutumes locales dans chacune des quatre vicomtés de Gisors, Vernon, Andely et Lions.

Les vicomtés de Caen, de Vire, de Bayeux et de Falaise, du bailliage de Caen, ont chacune leurs coutumes locales, tandis que le bailliage de Cotentin tout entier, avec les vicomtés de Coutances, Avranches, Valognes, Carentan, et les bailliages de Saint-Sauveur-Landelin, Saint-Sauveur-le-Vicomte et Mortain, ne se régissent que par la coutume générale (2). Le bailliage d'Evreux a les coutumes locales de la vicomté et châtellenie d'Evreux et Nonancourt, celles de la vicomté de Beaumont-le-Roger, y compris le comté d'Harcourt, et celles de la vicomté et châtellenies de Conches et Breteuil : on ne voit pas que les châtellenies de Pacy et Ezy, que les commissaires déclarèrent par provision soumises aux coutumes d'Evreux et Nonancourt, se soient pourvues contre cette décision, et quant à la vicomté d'Orbec, comprenant la ville de Lisieux, les États déclarèrent se soumettre pour le tout à la coutume générale de Normandie (3). Dans le bailliage d'Alençon, enfin, il y a les coutumes locales de la vicomté et châtellenie d'Alençon, et celles de la vicomté de Verneuil (avec Châteauneuf en Thimerais, ressort normand). La coutume locale de la vicomté de Domfront a été abolie en partie du consentement des États, et en partie par provision. Les vicomtés d'Argentan et Exmes, Saint-Sylvain et le Thuit, Montreuil et Bernay, n'ont aucun usage local autre que la coutume générale de Normandie (4).

(1) *Voy.* les coutum. loc. des vicomtés de Rouen et de Pont-de-l'Arche, et le Procès-verbal des coutumes loc. Coutum. génér., t. IV, p. 135-136.

(2) Coutum. génér., t. IV, p. 139-140. Le Procès-verbal des locales passe sous silence les bailliages de Saint-Sauveur-Landelin et Saint-Sauveur-le-Vicomte. Quant à Mortain, les commissaires donnèrent acte de leurs remontrances à ceux qui prétendaient des coutumes locales, mais sans les admettre.

(3) Coutum. génér., t. IV, p. 138.

(4) Coutum. génér., t. IV, p. 137-138. — Outre les coutumes locales

Digitized by Google

Pendant que le bailliage d'Alençon avait été tenu en apanage et en duché-pairie, il avait eu un échiquier et conseil spécial, qui fut supprimé lorsque cet apanage fit retour à la couronne. La réunion du ressort de cet échiquier à celui du parlement de Rouen, eut lieu en vertu d'un édit de juin 1584, dès avant la rédaction de la coutume de Normandie (1). Le comté d'Eu, au contraire, appartenait, lors de cette rédaction, au duc de Guise, qui prétendait le tenir en pairie. Les lettres du roi Henri III ayant ordonné aux commissaires de comprendre le comté d'Eu dans la rédaction des coutumes de Normandie, et les États du comté d'Eu ayant été assignés avec les autres États de la vicomté d'Arques, un débat très-vif s'ensuivit; les Normands prétendant contre le procureur du comté d'Eu que le comté était sujet aux coutumes de Normandie et au ressort du parlement de Rouen, tandis que le comte d'Eu prétendait, par le privilége de sa pairie, ressortir au parlement de Paris. Dès avant, des lettres du roi avaient autorisé la rédaction des coutumes générales du bailliage et comté d'Eu sous l'autorité du parlement de Paris. Les coutumes s'étendaient sur Eu, Blangy, Foucarmont et Mesnières. Quant à la vicomté d'Ourville, dépendant du comté d'Eu, et qui se composait d'Ourville, Gerponville, Gremonville, Romare et autres lieux entièrement enclavés dans les vicomtés de Rouen et de Caudebec, les habitans prétendirent qu'ils n'observaient d'autres coutumes que celles de Normandie (2). Rien ne paraît avoir été décidé sur cette opposition, non plus que sur les débats qui se sont élevés au sujet d'un grand nombre d'articles de la coutume d'Eu.

rédigées à part, l'art. 78 de la Coutum. génér. mentionne un usage particulier à la châtellenie de Saint-Jacques et au Val de Mortain; l'art. 454, un autre particulier à Pont-Audemer, Pont-l'Evêque, Lizieux, Caen, Coutances, Avranches, etc.

(1) Coutum. génér., t. IV, p. 109.

(2) Coutum. génér., t. IV, p. 172.

Digitized by Google

Les commissaires, tant pour la première rédaction que pour la réformation de la coutume de Bretagne, n'ont reçu d'autres coutumes locales que celles de la ville, faubourgs et prévôté de Rennes, du territoire de Goëllo, des ville, faubourgs et quatre paroisses de Vannes, des ville, faubourgs et comté de Nantes. Mais ils déclarèrent expressément que ceux qui prétendaient des droits de convenant et domaine congéable, en useraient et jugeraient comme ils avaient fait au temps passé bien et duement (1). Les usances locales du domaine congéable ne furent donc point publiées par eux, quoiqu'elles leur fussent présentées : ce sont celles de la vicomté de Rohan, celles de l'évêché et comté de Cornouailles (excepté la juridiction de Daoulas, ramagère de la principauté de Léon), et celles de la principauté de Léon et juridiction de Daoulas (2). L'usance locale de Brouerec, recueillie dans plusieurs turbes et dans les mémoires de Gatechair, s'étendait dans l'ancien territoire des comtes de Vannes. Outre ces usances du domaine congéable, quelques autres étaient encore reçues dans la vicomté de Porhoët, membre de l'ancien comté de Vannes, dans la ville et évêché de Saint-Malo, dans la baronnie de Fougères et dans la ville de Vitré (3).

C'est ici le lieu de dire quelques mots des usages des marches séparantes des provinces de Bretagne, Poitou et Anjou (4). Ces marches étaient des paroisses, terres et seigneuries situées sur les confins de ces provinces, et non seu-

(1) Coutum. gén., t. IV, p. 461.

(2) Il y a aussi le droit de mote dans les évêchés de Cornouailles et de Léon, et le droit de quevaine dans l'évêché de Cornouailles.

(3) L'ancienne usance de Ploërmel, Fougères, Lamballe et Quintin touchant les appropriemens a été aboli par l'art. 269 de la nouvelle coutume de Bretagne.

(4) Traité de la nature et usages des marches séparantes des provinces de Bretagne, Poitou et Anjou, par Gabriel Hulin. Rennes, 1666, et dans la coutume de Bretagne, par Sauvageau.

Digitized by Google

lement indivises par moitié, mais indivisibles entre la Bretagne et le Poitou (1), ou le Poitou et l'Anjou, ou l'Anjou et la Bretagne. Elles n'avaient point de coutumes locales particulières, mais des usages particuliers pour déterminer la coutume suivant laquelle elles devaient se régir. On en reconnaissait de trois sortes. Dans les marches communes la juridiction s'exerçait par prévention par les deux seigneurs. Les profits féodaux et seigneuriaux leur étaient payés à chacun suivant sa coutume; les contrats se régissaient suivant la coutume du notaire qui les avait reçus; les actions personnelles, suivant la coutume de la justice où la partie la plus diligente l'avait portée par prévention. La prévention avait lieu aussi pour les actions réelles : pour le tout, lorsqu'elles étaient indivisibles ; pour l'insistance seulement, lorsqu'elles étaient divisibles; le fond de la cause se décidant alors suivant chacune des deux coutumes pour moitié. Dans les marches avantagères à la Bretagne sur le Poitou, ou au Poitou sur la Bretagne, etc., il n'y avait de commun et d'indivis que la foi et l'hommage, l'aveu et la déclaration censive, et le paiement des profits féodaux. Les obligations et les actions s'y réglaient entièrement suivant la coutume de l'avantage, à qui appartenaient aussi pour le tout la juridiction et les profits seigneuriaux. Enfin, les marches contr'hostées étaient comme un appendice et une exception aux marches communes et avantagères dans lesquelles elles étaient situées. Tous les profits tant féodaux que seigneuriaux appartenaient exclusivement à l'un des deux seigneurs, tandis que la juridiction et la coutume y variaient suivant que ces marches étaient comprises dans les marches communes ou avantagères. Outre ces trois espèces de marches, il pouvait y en avoir d'ano-

(1) La moitié indivise qui était Poitou, s'appelait Thouarçais, parce qu'elle était ordinairement mouvante du seigneur de Thouars; la moitié qui était Bretagne, s'appelait Mée, à cause de l'archidiaconé de la Mée ou moitié d'Outre-Loire, de l'évêché de Nantes.

Digitized by Google

males, où les usages qu'on vient d'expliquer étaient modifiés par des titres particuliers ou par la possession.

5° Région du sud-est.

Les coutumes générales du pays et duché de Bourgogne régissaient un territoire étendu, divisé en cinq grands bailliages, sous-divisés en plusieurs autres, savoir : le bailliage d'Auxois, comprenant ceux de Sémur en Auxois, Arnay-le-Duc, Saulieu et Avalon, avec le comté de Noyers; le bailliage de la Montagne ou de Châtillon-sur-Seine, avec Arc en Barrois et le comté de Bar-sur-Seine (1), enclavés dans la Champagne; le bailliage de Dijon, avec ceux d'Auxonne, de Saint-Jean-de-Losne, de Nuits et de Beaune; le bailliage d'Autun, avec ceux de Montcenis, Bourbon-Lancy, Semur en Brionnais, et le comté de Charolais; enfin le bailliage de Châlon-sur-Saône avec la Bresse châlonnaise. Dans les bailliages de Châlon et de Dijon étaient aussi comprises les terres d'outre-Saône et ressort de l'ancien parlement de Saint-Laurent, ès lieux où l'on n'use point de droit écrit (2)»

Les coutumes générales du comté de Bourgogne s'étendaient sur toute la Franche-Comté, dans les bailliages d'Amont, d'Aval, de Dôle et de Besançon (3).

(1) Le comté de Bar-sur-Seine ressortissait au parlement de Paris.

(2) Coutum. génér., t. II, p. 1180-1181.

(3) J'ai compris la Franche-Comté parmi les pays coutumiers de la France, ainsi que la Provence, le Dauphiné, la Bresse, etc., parmi les pays français de droit écrit, quoique ces provinces fussent originairement des dépendances du royaume d'Arles : quant aux parties de ce royaume qui n'ont pas été réunies à la France, la Savoie se régissait par le droit écrit, modifié par la jurisprudence du sénat de Chambéry et les statuts des ducs; pour la Suisse romande, nous avons les édits de la république de Genève, les lois et statuts du pays de Vaud, les lois et coutumes de la souveraineté de Neufchâtel, etc. Enfin, il faut mentionner ici le style royal suivi dans le marquisat de Saluces, lorsqu'il appartenait à la France.

Digitized by Google

II. *Pays de droit écrit du midi de la France.*

La limite entre les pays coutumiers et les pays de droit écrit ne sera pas difficile à tracer, si nous déterminons avec exactitude le sens dans lequel il convient de prendre ce nom de pays de droit écrit, dont tant de jurisconsultes, d'ailleurs très-éminens, se sont fait quelquefois de si étranges idées. Par suite de la renaissance de l'étude du droit romain au commencement du douzième siècle, ce droit acquit peu à peu une autorité de doctrine comme raison écrite et comme droit commun de tous les peuples de la chrétienté. Cette autorité, déjà solidement établie au quinzième siècle, a pu être reconnue expressément par les rédacteurs des coutumes de Bourbonnais, de la Haute-Marche, du duché et du comté de Bourgogne, sans que ces pays cessassent pour cela d'être pays coutumiers. Le droit romain planait au dessus des coutumes et des lois positives, comme une sorte de logique universelle appliquée au droit; on y trouvait des règles d'interprétation, des règles supplétives, des analogies fécondes. Ce n'est que plus tard qu'on s'est avisé de s'en servir pour combattre, pour restreindre, pour altérer, pour supplanter les coutumes.

Ce n'est donc pas dans cette autorité générale du droit romain que pourra consister le propre caractère des pays de droit écrit : l'origine de cette distinction est plus ancienne et plus profonde. Les pays de droit écrit sont ceux où la domination romaine s'établit le plus tôt et se conserva le plus tard; où les lois romaines avaient jeté les racines les plus profondes dans les mœurs des populations vaincues, transformées par le voisinage et par de nombreuses colonies ; où cette population fut le moins mêlée, par la suite, de conquérans barbares ; où les institutions romaines survécurent par conséquent en grande partie dans les relations privées, comme dans l'organisation municipale, à la destruction

Digitized by Google

même de l'Empire. Aussi cette distinction commence-t-elle à poindre dès que le principe des lois personnelles s'affaiblit (1). Elle est nettement exprimée dans les lettres de Philippe-le-Bel, de juillet 1302, pour l'étude du droit civil et canon à Orléans, en ces termes (art. Ier) : *Super negotiis et causis forensibus, quæ spiritualitatem et fidei sacramenta non tangunt, regnum nostrum consuetudine et moribus præcipue, non jure scripto regitur; licet, in partibus ipsius regni quibusdam, subjecti, ex permissione nostrorum progenitorum et nostrâ, juribus scriptis utantur in pluribus, non ut juribus scriptis ligentur, sed consuetudine juxtà juris scripti exemplar moribus introducta.*

Aussi bien la distinction des pays de droit écrit et des pays coutumiers est un fait incontestable et incontesté, ainsi que la limite qui les sépare; et l'on a seulement cherché à subtiliser sur l'explication qu'il convenait de donner de ce fait, et à élever des doutes sur sa légitimité ou sur son importance.

Le droit romain, dans celles de ses dispositions qui n'étaient pas unanimement considérées comme abolies, parce qu'il était de toute évidence qu'elles étaient inapplicables dans une société moderne et chrétienne; le droit romain ainsi réduit formait la coutume générale du midi de la France. Cette coutume générale recevait quelques modifications suivant les ressorts des divers parlemens, en vertu de la jurisprudence particulière adoptée par chacun d'eux. Enfin il pouvait y avoir, et il y avait partout des coutumes rédigées ou non, générales ou locales, mais qui ne pouvaient jamais être considérées que comme locales à l'égard du droit romain.

Les pays de droit écrit du ressort du parlement de Paris, sont : 1° Le Lyonnais, avec le Franc de Lyon, situé au-delà de la Saône et de la Loire, et le Mâconnais, où il y a

(1) Edictum pistense anni 864, cap. 13, 16, 20, 23, 31.

Digitized by Google

des coutumes non écrites qui se prouvaient par tourbes; et un style de justice particulier (1).

2° Une partie de l'Auvergne, savoir : dans la haute Auvergne, Aurillac, Mauriac, Maurs, Vic-sur-Cère, Murat, Pierrefort, Chaudesaigues, Saint-Flour, etc.; dans la basse Auvergne, Saint-Paulien et quelques autres lieux limitrophes du Velay, plus un certain nombre de villes, villages et terres ayant autrefois appartenu au clergé, tels que Brioude et le pays Brivadois (tandis que Langeac et le Langhadois, situés plus au sud, sont au pays coutumier); la Chaise-Dieu, Sauxillanges, Saint-Germain-Lembron, Issoire, Clermont, Billom, Vertaison, etc. D'autres lieux, comme Saint-Germain-l'Herm, sont régis en partie par le droit écrit, en partie par la coutume. Dans tous ces lieux, certaines dispositions de la coutume générale d'Auvergne étaient admises, et un grand nombre de coutumes locales modifiaient plus ou moins l'application du droit écrit (2).

3° Enfin, une partie de la Basse-Marche, savoir les châtellenies de Bellac, Rançon et Champagnac. Là aussi il y avait sans doute des coutumes locales, puisque les habitans du Dorat, autre ville de la Basse-Marche, qui prétendirent être régis par le droit écrit, alléguaient en même temps des coutumes particulières (3). Le ressort de la Basse-Marche était autrefois à Limoges, et de là au parlement de Bordeaux; mais les lettres patentes du 25 janvier 1595 ont attribué la Basse-Marche au parlement de Paris (4).

Le ressort du parlement de Bordeaux est régi tout entier par le droit écrit, à l'exception seulement de la partie septentrionale de la Saintonge, au siége de Saint-Jean-d'An

(1) Bouhier, coutume de Bourgogne, t. I, p. 173 et suiv.; Bibliothèque des Coutumes, par Berroyer et Laurière; Bibliothèque de Droit de Camus.

(2) *Voy.* pour tout ceci, Chabrol, t. I et IV, et le Procès-verbal de la coutume d'Auvergne, Coutum. génér., t. IV, p. 1222.

(3) *Voy.* plus haut.

(4) Coutum. génér., t. IV, p. 823 et p. 1101, note *a*.

Digitized by Google

gély, qui est pays coutumier. La Saintonge entre mer (Gironde) et Charente, au siége de Saintes, est régie par le droit civil, ainsi que l'île d'Oléron, qui en dépend. Il y a néanmoins pour cette partie de la Saintonge une usance locale insérée au Coutumier général (1), mais qui n'a pas été rédigée d'autorité publique. Aussi n'était-elle appliquée que dans trois cas : lorsque les parties en demeuraient d'accord, ou lorsque ses dispositions se trouvaient déjà confirmées par des jugemens et surtout par des arrêts, ou lorsque la preuve en était faite par notoriété.

Quant aux autres pays qui ressortissaient au parlement de Bordeaux, nous n'avons pour le Limousin, l'Agénois et le Périgord, que les anciennes coutumes des villes de Limoges et d'Agen, dont l'origine et l'autorité sont également incertaines (2); les coutumes et établissemens du château de Clermont-Souverain (3), et les statuts et coutumes de Bergerac, contenus dans une charte d'Edouard d'Angleterre, prince de Guyenne et de Galles, en date de 1368, et confirmés par les rois de France, Henri III, en 1584, Henri IV, en 1592, Louis XIII, en 1610 (4). Le Bazadois a des coutumes dont il existe deux anciennes rédactions inédites (5). La rédaction officielle en fut ordonnée en 1520, mais rien n'indique qu'elle ait jamais eu lieu.

Les coutumes générales de Bordeaux, sénéchaussée de Guyenne et pays Bordelais ont été rédigées officiellement, ainsi que les diverses coutumes de la sénéchaussée de

(1) Coutum. génér., t. IV, p. 883. *Voy.* aussi les notes qui se trouvent à cette page et à la page 870.

(2) Elles se trouvent au tome IV du Coutum. génér. *Voy.* aussi la Bibliothèque des Coutumes de Berroyer et Laurière.

(3) Imprimés à Agen, 1596, in-8°.

(4) Coutum. génér., t. IV, p. 1005. Il y a d'autres coutumes plus anciennes de Bergerac, de l'an 1334, dans le manuscrit de la Bibliothèque royale, 9850, 1. 1. (Colbert 1481).

(5) Elles se trouvent toutes deux dans le manuscrit cité à la note précédente, qui contient aussi d'anciennes coutumes de Bordeaux.

Digitized by Google

Lannes ou des Landes, savoir : les coutumes générales des pays de Marsan, Tursan et Gabardan, avec les locales de la ville du Mont-de-Marsan; les coutumes des ville, cité, prévôté et autres lieux et paroisses des siége et ressort d'Acs; les coutumes générales de la prévôté et siége de Saint-Sever, avec les coutumes locales de la ville de Saint-Sever et quelques autres divergences locales mentionnées dans la coutume générale (1); les coutumes de la ville et cité de Bayonne et de sa juridiction.

Les deux districts des provinces basques de France sont régis, l'un, situé au sud de Bayonne, par les coutumes générales du pays et bailliage de Labour; l'autre, enclavé entre le Béarn et la Navarre, par les coutumes générales du pays et vicomté de Soule.

Ici finit le ressort du parlement de Bordeaux; celui du parlement de Pau comprend la Basse-Navarre et le Béarn, régis chacun par ses fors et coutumes (2).

Le ressort du parlement de Toulouse s'étend sur une partie considérable de la Guyenne, savoir le Quercy et le Rouergue; sur une partie considérable de la Gascogne, savoir, l'Armagnac, l'Astarac, la Lomagne, les quatre vallées, le Bigorre, le Nebouzan, le Comminges et le Couserans; sur le comté de Foix; sur le Haut-Languedoc, composé des diocèses de Rieux, de Toulouse, de Montauban, d'Alby, de Castres, de Lavaur, de Saint-Papoul et de Mirepoix; sur le Bas-Languedoc, où sont les diocèses de Carcassonne, de Limoux et Alet, de Narbonne, de Saint-Pons, de Béziers, de Lodève, d'Agde, de Montpellier, de Nîmes et d'Uzès; enfin sur les Cévennes, savoir, sur les diocèses d'Alais

(1) Coutume génér. de Saint-Sever, tit. III, art. 19, 20; tit. V, art. 16; tit. VIII, art. 9-13; tit. IX; tit. XI, art. 17-26; tit. XII, art. 30-41; tit. XVIII, art. 4-10, 13, 16.

(2) Fors et constumes deu royaume de Navarre, e stil de la Chancellaria, avec l'avanzel. Orthez, 1545, in-8°.—Fors et costumas de Bearn, Coutum. génér., t. IV, p. 1071.

Digitized by Google

(ou pays des Cévennes proprement dit), de Mende (ou Gévaudan), du Puy (ou Velay) et de Viviers (ou Vivarais).

Dans tout ce vaste ressort, pays des anciens municipes romains, le droit écrit est modifié, moins par des coutumes proprement dites que par les chartes, priviléges, franchises et statuts des cités. Leur nombre est infini; il s'en faut de beaucoup qu'ils aient été tous publiés; mais il n'entre pas dans notre plan d'en entreprendre ici la recherche et l'énumération (1). Nous ne devons mentionner que les coutumes des vallées de Batége, de Lavédan, ville de Lourde, pays de Rivière-Ousle, baronnie des Anglès et marquisat de Bénac, dépendans du comté de Bigorre (2).

Au sud du ressort du parlement de Toulouse est celui du conseil souverain de Perpignan, comprenant la Catalogne française; savoir, le comté de Roussillon ou Viguerie de Perpignan, avec la Viguerie de Villafranca de Conflent, et une petite partie du comté de Cerdagne (Viguerie de Puycerda). C'est encore un pays de droit écrit: Perpignan a ses usages particuliers (3).

A l'est du ressort du parlement de Toulouse, au-delà du Rhône, deux grands pays de droit écrit, la Provence et le Dauphiné, formant les ressorts des parlemens d'Aix et de Grenoble, nous offrent, d'une part, un nombre considérable de chartes et de statuts municipaux, à Arles, Marseille, Aix, etc.; de l'autre, certains statuts provinciaux : ceux des comtés de Provence et de Forcalquier sont insérés au Coutumier général (4); ceux du Dauphiné sont indiqués dans la Bibliothèque des coutumes par Berroyer et Laurière.

Entre la Provence et le Dauphiné sont enclavés le Com-

(1) Les coutumes de Toulouse, insérées au Coutumier général, ont été rédigées dès 1280 et souvent confirmées depuis par les rois de France.

(2) Bibliothèque de Droit de Camus.

(3) Libre de privilegis, usos y ordinacions de la vila de Perpinya, Perpignan, 1651, in-4°.

(4) T. II, p. 1205 et suiv.

Digitized by Google

tat Venaissin, avec Avignon, qui a appartenu au pape jusqu'à la révolution ; et la principauté autrefois souveraine d'Orange, qui a été incorporée d'abord à la Provence et depuis au Dauphiné. Plus au nord est la principauté de Dombes, ayant un petit parlement souverain à Trévoux. Chacun de ces trois pays a ses lois, ordonnances et statuts particuliers (1), mais point de coutumes écrites.

Il y a en dernier lieu quelques pays de droit écrit dans le ressort du parlement de Dijon : ce sont les provinces de Bresse, Bugey, Valromey et Gex, entre la Saône et le Rhône, la Franche-Comté, la Savoie et la Suisse. Lors de la réunion de ces provinces à la France, en échange du marquisat de Saluces, Henri IV confirma leurs coutumes par ses lettres-patentes du mois de novembre 1601 ; il ordonna en même temps que ces coutumes fussent rédigées, mais elles ne l'ont jamais été d'une manière officielle (2).

III. *Pays-Bas.*

Notre attention ne doit pas se porter indifféremment sur toutes les provinces des Pays-Bas, ni sur toutes les terres d'Empire qui furent autrefois comprises dans les Gaules, mais sur celles-là seulement qui depuis ont été en tout ou en partie incorporées à la France, ou qui, étant wallonnes, offrent un point de ressemblance de plus avec elle, et un intérêt plus direct pour l'étude de son ancien droit.

Dans la Flandre, la grande prépondérance des communes a produit une organisation remarquable sous le rapport de l'administration de la justice, et qui n'est pas restée sans influence sur la rédaction des coutumes. Quelquefois l'échevinage forme un territoire privilégié, exempt

(1) *Voy.* la Bibliothèque de Droit de Camus.

(2) Bouhier, coutume de Bourgogne, t. Ier, p. 173 et suiv., 197 et suiv., 222. *Voy.* les ouvrages qui traitent de ces coutumes, dans la Bibliothèque des coutumes, par Berroyer et Laurière, et dans la Bibliothèque de Droit de Camus.

Digitized by Google

de la juridiction des châtellenies voisines, et a sa coutume séparée; quelquefois même la châtellenie a été incorporée à la ville, la juridiction ordinaire a été réunie à l'échevinage, l'ancienne cour seigneuriale n'a conservé de juridiction que sur les fiefs; et dans ce cas, il y a d'une part les coutumes de la ville et de la châtellenie pour les bourgeois et les biens roturiers, de l'autre, la coutume de de la cour du prince pour les nobles et les matières féodales.

Dans la Flandre wallonne, nous trouvons d'abord les coutumes générales de la salle, gouvernance, bailliage et châtellenie de Lille, avec beaucoup de coutumes locales, savoir: celles de la ville et échevinage de Séclin; celles de l'échevinage d'Anapes; celle des Bancs de l'Epine-l'Apostelle, membre de l'échevinage de Wepes; celles de la prévôté et échevinage d'Esquermes; celle de la pairie d'Esreux; celle des Francs-Aleuds; celle du fief du châtelain de Lille, cour et halle de Phalempin; celles de la comté de Herlies, membre du gros du fief du châtelain de Lille; celles de la ville et échevinage de la Bassée, enclavée dans l'Artois; celles de l'échevinage d'Ostrincourt; celles de l'échevinage de Neufville, en la paroisse de Phalempin; celle de la ville et prévôté de Cysoing; celles de la ville et échevinage de Commines; celles de la ville et échevinage d'Armentièrières, des seigneuries de Saint-Simon et Raisse et des cours qui en dépendent; celles de la ville de Lannoy; celles de la seigneurie d'Erquinghem sur la Lys; celle de la seigneurie de Tourcoing; celles de la seigneurie de Mouvaulx; celles du chapitre de Saint-Piat de Séclin; celles de la seigneurie du couvent de Saint-Quentin de Lille; celle des hameaux de Millefonsse et Bousignies, situés dans la paroisse de Hasnon, en deçà de l'Escaut; celles de la seigneurie de Bouvines, appartenant au couvent de Saint-Amand en Peule; celles des seigneuries situées à Templeuve en Peule; celles de la seigneurie et quint de Salomes près

Digitized by Google

la Bassée ; celles de la ville et échevinage du Pont à Wendin ; celles de la seigneurie de Leboutillerie, paroisse de Fleurbaix et villages voisins ; celles de la terre et seigneurie d'Ennetières en Wepes, appartenant au couvent de Saint-Pierre près Gand ; celles de la seigneurie de Camphin, appartenant au même couvent ; celles de la seigneurie et échevinage de Wahaignies ; celles des terres de l'église collégiale de Saint-Pierre de Lille, enfin celles de la seigneurie de Haubourdin et Ammerin (1).

Il faut distinguer avec soin de ces coutumes générales et locales de la salle et châtellenie de Lille, celles de la ville, taille, banlieue et échevinage de ce nom. On trouve en outre, dans la Flandre wallonne, 1° les coutumes de l'échevinage de la ville et cité de Tournay, pouvoir et banlieue d'icelle (2) ; 2° les coutumes générales et locales du bailliage de Tournay et Tournesis (3), dont il n'existe point à notre connaissance de rédaction officielle ; 3° les coutumes générales de la gouvernance, bailliage et châtellenie de Douay, Orchies et de leurs appartenances ; 4° les coutumes de la ville et échevinage de Douay ; 5° celles de la ville et échevinage d'Orchies (4) ; celles de la ville et bourgeoisie de la Gorgue, avec les coutumes particulières de la Loi d'Arras (5).

La Flandre teutonne, tant maritime qu'impériale, offre de même un grand nombre de coutumes ; les voici telles qu'elles se suivent, en tirant du sud au nord et de l'ouest à l'est (6) :

Sur les confins de l'Artois :

(1) *Voy.* le Coutum. génér., t. II, p. 891 et suiv., p. 916 et suiv.
(2) Coutum. génér., t. II, p. 951 et suiv.
(3) *Voyez* Coutum. génér., t. II, p. 967.
(4) Coutum. génér., t. II, p. 971, 983, 995.
(5) Coutum. génér. t. II, p. 1005.
(6) Elles remplissent presque en entier la deuxième moitié du t. Ier du Coutumier général.

Digitized by Google

Les coutumes de la ville et châtellenie de Bourbourg (non compris les fiefs qui se règlent suivant la coutume de la cour dont ils sont tenus) (1);

Les coutumes de la ville et châtellenie de Cassel (y compris les fiefs), avec certaines coutumes concernant en particulier l'échevinage (art. 217 et suiv.), et les usages locaux des villes de Cassel, Hazebrouck et Watene;

Les coutumes de la ville et bourgeoisie d'Estaires (sur la Lys);

Les coutumes de la ville et châtellenie de Bailleul (y compris les fiefs).

Sur la mer :

Les coutumes des ville, châtellenie et vasselages de Bergues-Saint-Winox (non compris les fiefs), avec les coutumes locales de la seigneurie de la prévôté de Saint-Donat à Bruges, s'étendant dans la ville et le territoire de Bergues; celles de la seigneurie de Pitgam; celles de la baronnie d'Esquelsbecque et seigneurie de Ledringhem; celles de la seigneurie de Zuytkote; celles de la seigneurie de Houtkerke; celles de la ville et seigneurie de Hondtschoote;

Et les coutumes de la cour féodale et de la tour ou perron du prince à Bergues-Saint-Winox;

Les coutumes de la ville et châtellenie de Furnes et pays de Furne-Ambacht (non compris les fiefs),

Et les coutumes de la cour féodale du bourg (ou château) de Furnes;

Les coutumes de la ville de Nieuport;

Les coutumes de la ville d'Ostende.

De là à l'est jusqu'à la Lys :

Les coutumes de la ville, élection et juridiction de Poperingue, y compris celles de la cour féodale, appartenant aux religieux de Saint-Bertin, à cause de leur ville et seigneurie de Poperingue (2);

(1) Coutume de Bourbourg, rubr. 10, art. 5, *in fine*.

(2) Coutume de Poperingue, tit. 29 et 30.

Digitized by Google

Les coutumes de la salle et châtellenie d'Ypres (1),

Et les coutumes de la ville et bougeoisie d'Ypres;

Les coutumes de la ville et bourgeoisie (et non de la châtellenie) de Rousselare (non compris les fiefs).

Sur la Lys et l'Escaut :

Les coutumes de la ville et châtellenie de Courtray,

Et les coutumes de la cour féodale du château de Courtray;

Les coutumes de la ville et châtellenie d'Oudenarde, y compris celles des fiefs tenus de la cour et du *Steenenman* de la châtellenie d'Oudenarde (2);

Les coutumes de la ville et échevinage de Gand (non compris les fiefs).

Au nord-ouest de Gand, jusqu'à la mer et aux bouches de l'Escaut :

Les coutumes générales non écrites de la châtellenie de l'Auderburg, à Gand, aupays de Flandre (3), avec les coutumes locales écrites des paroisses de Desseldonck, Sledinghem, Lovendeghem, Waerschoot, Doorzele et Hyefte, qui s'y réfèrent;

Les coutumes de la ville de Bruges,

Et les coutumes de la cour féodale du prince, du bourg (ou château) de Bruges;

Les coutumes du pays du Franc (de Bruges) ou Franconat (y compris les fiefs);

Les coutumes des ville et franchise d'Ecloo et paroisse de Lembeeke;

Les coutumes de la châtellenie de Bouchaute (non compris les fiefs) (4);

(1) Ici la châtellenie est réunie à la salle ou cour féodale, et non à l'Échevinage.

(2) Coutume d'Oudenarde, rubrique 3.

(3) *Voy.* le Coutumier général, t. Ier, p. 825; la coutume de Desseldonck, art. 6 *et passim.*

(4) Qui se règlent selon la coutume de la cour dont ils sont tenus, coutume de Bouchaute, rubr. 20, art. 3.

Digitized by Google

Les coutumes de la ville et châtellenie d'Assenède (non compris les fiefs) (1).

Vers la frontière de Hainaut et de Brabant, à l'est :

Les coutumes de la seigneurie et franchise de Renaix (y compris les fiefs qui en dépendent);

Les coutumes de la ville et cité, comme aussi de la cour féodale du burgt (ou château) de Ninove;

Les coutumes des deux villes et du pays d'Alost, y compris les coutumes des fiefs tenus de la cour et de la tour à Alost (2); avec les coutumes particulières de la ville de Grandmont ou Gramont;

Les coutumes des ville et pays de Termonde (ou Dendermonde),

Et les coutumes de la cour du prince et féodale de Termonde;

Enfin, les coutumes du pays de Waes, y compris celles des fiefs tenus de la cour dudit pays (3).

Toutes ces coutumes n'étaient que locales par rapport aux « coutumes communes et usages ordinaires du pays et comté de Flandre. » Mais les coutumes générales de la Flandre n'ont jamais été rédigées, quoique l'acte de confirmation d'un grand nombre des coutumes des villes, pays, seigneuries et châtellenies, s'y réfère expressément pour les cas non décidés par ces dernières (4). Ce n'est qu'à défaut des coutumes générales de Flandre que l'on doit recourir à la disposition du droit commun écrit : ainsi l'ordonne l'acte de confirmation de ces mêmes coutumes locales; et il faut sans doute entendre de même l'acte de confirma-

(1) Coutume d'Assenède, rubr. 17, art. 3.

(2) Coutume d'Alost, rubrique 22.

(3) Coutume de Waes, rubr. 2, art. 13.

(4) *Voy.* la conclusion des coutumes de Bourbourg, Bergues, Bruges, du Franc, de Furnes, Nieuport, Ecloo, Assenède, de la ville d'Ypres, de Rousselare, Estaires, Poperingue, Oudenarde, Alost et Waes.

Digitized by Google

tion de plusieurs autres qui ne se réfèrent explicitement qu'au droit écrit (1). Dans quelques coutumes, on a même eu soin d'avertir que ces renvois au droit écrit ne devaient avoir d'effet que pour autant qu'il était passé en coutume ou reçu en usage (2).

Le Brabant, qui borne la Flandre à l'est, n'a que peu de parties wallonnes (3); au sud du Brabant, les coutumes du pays et comté de Namur régissent un petit territoire wallon sur la Sambre et la Meuse, y compris Charlemont, Givet et les autres lieux du Namur français : ces coutumes se suppléent par le droit écrit (4). Un plus vaste territoire, pareillement wallon, est régi par les coutumes générales du noble pays et comté de Hainaut. Une ligne tirée du sud au nord, divise le Hainaut en deux parties inégales : la plus grande, à l'est, ressortit au chef-lieu de Mons, et comprend Lessines, Ath en partie, Braine-l'Alent, Braine-le-Comte, Soignies, Rœux, Saint-Guilain, Binche, Quiévrain, Bavai, Maubeuge, Berlaymont, Solre-le-Château, Landrecies, Avesnes, Beaumont, Barbançon, et le chef-lieu de Chimay; l'autre, à l'ouest, ressortit à Valenciennes, et comprend Ath en partie, Leuze, Condé, Saint-Amand, Crespin, Bouchain, Quesnoy et Solesmes (5). Cette se-

(1) *Voy.* la conclusion des coutumes de Cassel, de la châtellenie d'Ypres, de Gand, Ninove, de la salle de Lille; et l'intitulé de la coutume de la ville de Lille. Les coutumes de Desseldonck se réfèrent en premier lieu aux coutumes de la châtellenie d'Auderburgh, et ensuite au droit écrit. L'acte de confirmation des coutumes d'Ostende, Bouchaute, Bailleul, Termonde, Tournay et de la ville de Douay, ne renvoie ni aux coutumes générales de Flandre, ni au droit écrit.

(2) Conclusion des coutumes de Courtray, Renaix, Orchies et la Gorgue.

(3) *Voy.* pour ses coutumes la Bibl. de Droit de Camus, et les coutumes de Bruxelles, Nivelle et Malines, dans le Coutumier général, t. Ier.

(4) *Voy.* la conclusion des coutumes de Namur.

(5) *Voy.* la table des lieux ressortissant aux deux chefs-lieux, Coutumier général, t. IIe, p. 198-260. Pour Chimay, *voy.* l'art. 2 du chap. Ier de sa Coutume.

Digitized by Google

conde partie est régie, outre les coutumes générales de Hainaut, par les coutumes de la ville, banlieue et le chef-lieu de Valenciennes; la première, par les coutumes du chef-lieu de la ville de Mons et des villes et villages qui y ressortissent, sauf pourtant les coutumes locales de la ville de Binche, les coutumes de la franche ville de Lessines, et les coutumes des droits et juridictions appartenant aux majeur et échevins de Chimay, à cause de leur chef-lieu. Il paraît que l'usage était de suppléer les coutumes de Valenciennes par le droit écrit, celles de Mons par les analogies des coutumes voisines (1).

La dernière grande province des Pays-Bas dont nous ayons à nous occuper ici, séparée des précédentes par l'évêché de Liége et autres terres d'Empire, était régie par les coutumes générales des pays et duché de Luxembourg et comté de Chiny. Une partie du Luxembourg ayant été réunie à la France, fut maintenue par capitulation dans ses priviléges, franchises et louables coutumes. Il fut toutefois fait une rédaction séparée de ces dernières, dont le titre indique suffisamment le territoire : ce sont les coutumes générales de la ville de Thionville et des autres villes et lieux du Luxembourg français, savoir, du bailliage de Carignan, des prévôtés royales de Montmédy, Damvillers, Marville, Chauvancy et autres lieux.

Dans chacune des provinces des Pays-Bas, Flandre, Brabant, Namur, Hainaut, Artois, la justice était rendue en dernier ressort, sous la domination espagnole et autrichienne, par le conseil de la province, sauf le recours au conseil privé du prince. Après la réunion d'une partie des Pays-Bas à la France, l'Artois et la châtellenie flamande de Bourbourg, avec Gravelines et Dunkerque, passèrent sous le parlement de Paris. Le reste de la Flandre française, le Hainaut français, tant de l'ancien ressort de Mons que de

(1) Coutum. génér., t. II, p. 41, note a.

Digitized by Google

celui de Valenciennes, et le Namur français, ressortirent au parlement de Flandre séant à Douai; le Luxembourg français, au parlement de Metz.

Dans le Luxembourg est situé le duché de Bouillon, auquel touche la principauté souveraine de Sedan. Une partie de celle-ci, la seigneurie de Raucourt, s'étend sur la rive gauche de la Meuse, en Champagne; une autre, Jametz, est enclavée entre le Verdunois, le bailliage de Saint-Mihiel et le Luxembourg français. Ces petits territoires indépendans étaient régis, d'une part, par les coutumes du duché de Bouillon; de l'autre, par les coutumes générales des seigneuries de Sédan, Jametz, Raucourt, Florenges, et autres terres souveraines du duc de Bouillon.

IV. *Terres d'Empire.*

Les terres d'Empire qui intéressent la géographie de la France coutumière, soit comme wallonnes, soit pour avoir été réunies depuis à la France, sont le Cambresis, le pays de Liége, les Trois-Evêchés (1), la Lorraine avec une partie du Barrois, et l'Alsace.

Les coutumes générales de la cité et duché de Cambrai, pays et comté de Cambrésis, se suppléent par le droit romain, auquel l'acte de leur confirmation se réfère expressément. Leur territoire, enclavé entre la Flandre, le Hainaut, l'Artois et la Picardie, faisait partie du ressort du parlement de Douai.

Les coutumes du pays et principauté de Liége régissent le temporel de l'évêché de ce nom, qui faisait partie du cercle de Westphalie.

Les Trois-Évêchés étaient enclavés presque de toutes parts dans la Lorraine, et ne touchaient que par quelques points à la Champagne et au Luxembourg français. Ils ressortis-

(1) *Voy.* pour les Trois-Évêchés, la Lorraine et le Barrois non mouvant, la carte de Lorraine en six feuilles, par Jaillot.

Digitized by Google

saient au parlement de Metz, et étaient régis par les cinq coutumes suivantes :

Les coutumes générales de la ville et cité de Metz et pays Messin ;

Les coutumes du bailliage (ou temporel) de l'évêché de Metz, avec les municipales (ou locales) de Rembervillers, Bacarat et Moyen ;

Les coutumes générales de la terre, abbaye et seigneurie souveraine de Gorze, appelées vulgairement le Droit Sainte-Gorgone ;

Les usages locaux de la ville et bailliage de l'évêché de Toul et pays Toulois (1).

Les coutumes générales de la ville, cité et bailliage de l'évêché et comté de Verdun et pays Verdunois, appelés communément les coutumes et droits de Sainte-Croix (2).

A la cour souveraine de Nancy ressortissait la Lorraine, ainsi qu'une partie du Barrois, appelée le Barrois non mouvant, par opposition à celui qui était mouvant de la France et une sorte d'annexe de la Champagne. Outre la sénéchaussée de Bourmont et la Motte, régie par les coutumes de Bassigny, le Barrois non mouvant se gouvernait par les coutumes du bailliage de Saint-Mihiel, sous lesquelles étaient compris Saint-Mihiel, Briey, Étain, Longuyon, Longwy, Thiancourt, Pont-à-Mousson, Fong, Dun et Stenay.

La Lorraine se composait, à l'époque de la rédaction de ses coutumes, de trois grands bailliages et de quelques autres territoires. Elle était régie par les coutumes générales des trois bailliages de Lorraine, Nancy, Vosges et Allemagne ; par les coutumes du petit bailliage d'Epinal, et par

(1) Autorisés par lettres du 30 septembre 1746, imprimés à Metz, in-12.

(2) Ancienne rédaction non officielle dans le Coutumier général, t. II. Nouvelle rédaction autorisée par lettres patentes du 30 septembre 1746, imprimée à Metz, in-12.

Digitized by Google

les coutumes de la ville et prévôté de Marsal. Dans le bailage des Vosges, à la frontière d'Alsace, près de Gérardmer, il y avait la petite coutume locale de la commune de la Bresse, rédigée sous le duc Charles III, en 1595 (1).

En terminant, nous nommerons l'Alsace, plutôt que nous ne traiterons des diverses coutumes locales non écrites qui y étaient en vigueur. La loi générale de la province était le droit écrit, modifié par les ordonnances d'Alsace, le style et la jurisprudence du conseil souverain d'Alsace, dont le siége était à Colmar. Strasbourg avait ses franchises et statuts municipaux particuliers.

KLIMRATH,
docteur en droit.

(1) *Voy.* Bexon, Histoire de Lorraine, et la notice de M. Richard, bibliothécaire de Remiremont dans l'*Echo des Vosges*, 1837.

Digitized by Google

DE LA POSSESSION

RELATIVEMENT AUX FRUITS (1).

Les fruits naissent pour le propriétaire pendant le temps même de sa dépossession. Il existe en effet, entre la personne du propriétaire et la chose marquée du sceau de son appropriation, un lien que le temps peut anéantir, mais qui, jusqu'à l'expiration du terme fatal, est protégé par les lois (2). Ce rapport, cette relation, pour ne pouvoir être exprimées par aucune image sensible, n'en existent pas moins. Comme toutes les choses incorporelles, c'est un droit qui réside dans la pensée : le mot de *propriété* l'exprime ; plusieurs lois le rappellent expressément, et la législation civile tout entière le suppose (3). C'est au sol

(1) Ce travail fait partie du Traité de Législation et de Jurisprudence suivant l'ordre du Code civil, par Me Hennequin, avocat à la cour royale de Paris, député (sous presse, pour paraître à la librairie de Videcoq, à la fin de juillet).

L'auteur, un des hommes dont s'honore le plus le barreau moderne, a voulu marier la théorie à la pratique, et donner l'explication de tout le Code, d'après une méthode nouvelle. Il remonte sans cesse à l'esprit de la loi, à sa raison d'être, et, se bornant à indiquer les sources où d'autres ont puisé avant lui, il s'attache à mettre en œuvre des matériaux jusqu'ici peu utilisés par ses devanciers. Chacun connaît le talent éminent de Me Hennequin, chacun sait combien, dans sa longue et honorable carrière d'avocat, il a su mettre en relief son esprit plein de grâce, ingénieux et brillant à la fois; le grand travail auquel il met en ce moment la dernière main, ne sera pas indigne de sa belle réputation. (*Note du directeur.*)

(2) Rem in bonis nostris habere intelligimus, quoties, possidentes exceptionem aut amittentes, ad recuperandam eam, actionem habemus. L. 52. D., lib. XLI, tit. 1, *de acquirendo rerum dominio*. C'est là ce *jus in re* qui tient lieu de la chose même.

(3) V. Bentham, *Traité de la législation civile et pénale*, chap. 8, tom. 1, pag. 196, 1830.

Digitized by Google

qui les a nourris que les fruits accèdent ; c'est comme accessoire du sol qu'en thèse générale, il est permis de s'emparer des moissons qui le couvrent : *Omnis fructus non jure seminis, sed jure soli percipitur* (1).

Si donc le simple possesseur, c'est-à-dire celui qui se trouve investi du fait séparé du droit, dispose à l'exclusion de tout autre, ce n'est que sous l'obligation de tenir compte des fruits; car le possesseur, en tant que possesseur, ne fait pas les fruits siens; c'est en tant que possesseur *de bonne foi* qu'il peut les retenir, et c'est là une exception que motivent l'intérêt public et l'équité (2).

On ne saurait environner le travail de trop de sécurité. Il ne faut pas que l'homme laborieux, qui a calculé ses dépenses sur des revenus dont il ne se croyait comptable envers personne, puisse être à l'improviste obligé de reproduire un passé dont les élémens ne sont plus en son pouvoir. L'industrie, la conviction sincère ne peuvent pas être sacrifiées à ce point aux intérêts d'un propriétaire coupable de son silence ou, si l'on veut, de son malheur, mais qui n'a point le droit de rejeter sur un autre la fatalité de ses destinées. La croyance du possesseur de bonne foi devient son titre, et ce qu'il a pu raisonnablement prendre pour la vérité doit lui en tenir lieu (3).

Les considérations qui militent en faveur du possesseur

(1) *V.* L., 25. D., lib. XXII, tit. 1er *de Usuris*.

(2) C'est au titre des prescriptions qu'il convient de définir la possession, et d'en retracer les caractères. Ici, les mots *possession*, *possesseur* sont pris dans le sens usuel pour la détention à titre de propriétaire d'une chose dont la propriété véritable repose sur la tête d'un autre. Cette manière d'envisager le sujet ne nous permet pas de mettre à profit le *Traité de la possession*, par M. de Savigny.

(3) Bona fides tantumdem possidenti præstat quantum veritas, L. 136, D. lib. 50, tit. 17, *de regulis juris*. In pecudum fructu etiam fœtus est, sicut lac et pilus et lana. Itaque agni et hœdi et vituli statim pleno jure sunt bonæ fidei possessoris. L. 28, D. lib. 22, tit. 1, *de usuris et fructibus*.

Digitized by Google

de bonne foi s'élèvent contre le spoliateur qui s'établit ou qui se pepétue sciemment dans la possession du bien d'autrui, et s'il faut s'étonner d'une chose, c'est que cette théorie si nettement exprimée par les lois romaines (1) n'ait que si tardivement pris place dans le droit français.

Il y a moins de trente-cinq ans que c'était encore une question parmi nous que de savoir si le possesseur n'était pas tenu de restituer au moins une partie des fruits. C'est dans la rédaction de l'ordonnance de 1539 que se trouve la cause de cette hésitation.

Aux termes de l'ordonnance, article 94, les fruits, en cas de révendication, devaient être adjugés, « non seulement depuis la contestation en cause, mais aussi depuis » le temps que le condamné avait été mis en demeure et » de mauvaise foi». S'exprimer ainsi, c'était dire, à la vérité, que, jusque-là, et tant qu'il n'avait pas eu connaissance du droit d'autrui, le possesseur avait profité des fruits; mais c'était le dire par un argument *à contrario sensu* qui n'a jamais été considéré comme un guide bien sûr. C'est toutefois dans ce sens, qu'après plusieurs décisions transactionnelles la jurisprudence s'est définitivement fixée (2).

Tel était l'état des choses, lorsque le Code civil est venu consacrer, tout à la fois, et le droit commun et l'exception, par l'article 549 ainsi conçu : *Le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi; dans le cas contraire, il est tenu de rendre les*

(1) Potest dividi possessionis genus in duas species, ut possideatur, aut bona fide, aut non bona fide. L. 3, § 22. *D.* lib. XLI, tit. 2, *de adquirenda vel amittenda Possessione.*

Bonæ fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re, suos interim facit. L. 48, D. lib. XLI, tit. 1, *de adquirendo rerum dominio.*

(2) Thieffries, *C.* Verrier et Caffard, 11 juin 1806, cass. D. P. 1, 315. P. 2, 1806, 565.

Digitized by Google

produits avec la chose au propriétaire qui la revendique.

Assimilée, sous le rapport des fruits, à la propriété elle-même, la bonne foi n'a besoin que de mobiliser pour acquérir. Dès que les fruits sont coupés, ils constituent, entre les mains du possesseur, confiant dans son titre, une propriété parfaite et définitive (1). La consommation des fruits n'est pas une condition de l'exception établie en faveur de l'ignorance involontaire, la perception suffit; ce qui se trouve conforme non seulement à l'ancien droit français, mais encore à la législation romaine, bien qu'un doute puisse s'élever sur ce point.

Il résulte des textes les plus précis que les fruits cueillis, mais laissés coupés sur le sol, sont devenus déjà la propriété du possesseur (2). A la vérité, il est dit, dans une loi du Code, que le possesseur de bonne foi lui-même doit délaisser les fruits existans (3), ce qui semble établir une distinction que la législation française n'admet pas. La réponse est simple : Au moment de la remise, et, par conséquent, postérieurement à la revendication, la terre doit être restituée avec les fruits qui en font encore partie, c'est-à-dire non encore sciés ou détachés de la plante qui les produit. C'est là le sens du mot *exstantes* employé dans la loi romaine. Si la remise ne s'opère pas de gré à gré, le possesseur, depuis la contestation en cause, est indistinctement comptable de tous les fruits, et de ceux qui se trouvaient

(1) Bonæ fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet quod dominis prædiorum tributum est. L. 25, D. lib. XXII, tit. Ier, *de usuris et fructibus.*

(2) Bonæ fidei possessoris (fructus fiunt) mox cum a solo separati sunt, L. 13, D. lib. VII, tit. 4. *Quibus modis ususfructus vel usus amittitur.* L. 78, *in fine.* L. VI, tit. 1, *de rei vindicatione.*

(3) Certum est, malæ fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re præstare : bonæ fidei vero, *exstantes :* post autem litis contestationem, universos. L. 22, Cod., lib. III, tit. 32, *de rei vindicatione.* L. 3, Cod., lib. IV, tit. 9, *de condictione ex lege.*

Digitized by Google

sur pied au moment de la revendication, et de ceux récoltés depuis, *universos*. Ces décisions relatives à l'hypothèse où l'ignorance a cessé se concilient parfaitement avec les textes écrits pour les cas où la bonne foi dure encore.

Ajoutons que les fruits spontanés, comme les fruits naturels, comme les fruits civils, sont également compris dans l'expression générale qu'emploie l'art. 549 (1).

Du privilége de la bonne foi, il convient de passer aux conditions qui la constituent.

Posséder de bonne foi, c'est croire à la légitimité du titre en vertu duquel on possède; mais il ne faut pas se méprendre sur cette nécessité d'un titre considéré comme cause efficience.

Un titre n'est point toujours un acte écrit. Il y a titre quand il y a cause légitime et translative. Or la propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre-vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations (2). La possession de bonne foi peut donc reposer sur le droit héréditaire, vérité certaine, mais qui, en raison de l'idée inhérente au mot *titre*, avait peut-être besoin d'être exprimée; et, chose digne de remarque, s'il faut que le titre soit translatif de sa nature, il faut cependant que, par l'effet d'un vice péremptoire, mais ca-

(1) Voici comment s'exprimait la loi romaine : « Non tantum eos qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes : quia quod ad fructus attinet, loco domini penè est. L. 48. Pr. D., lib. XLI, tit. 1, *de adquirendo rerum dominio*.

Pro cultura et cura, disent les Institutes, expressions qui peuvent s'appliquer aux fruits spontanés dont la conservation et la récolte demandent des soins; expressions qui, d'ailleurs, ne peuvent modifier le texte si précis des Institutes eux-mêmes, *fructus quos percepit ejus esse*. Inst., lib. II, tit. 1, § 33, *de rerum divisione et adquirendo ipsarum dominio*.

(2) Genera possessionum tot sunt quot et causæ acquirendi ejus quod nostrum est : veluti pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, *pro herede*. L. 3, § 21. D., lib. XLI, tit. 2, *de adquirenda vel amittenda possessione*.

Digitized by Google

ché, la transmission ne se soit pas opérée. S'il en était autrement, la possession et la bonne foi feraient place au droit de propriété. Ce n'est que de la nullité du titre que peut ressortir l'utilité de l'exception.

Le second caractère de la bonne foi, c'est que le possesseur ait pu supposer dans son titre une puissance, une légalité que ce titre ne renfermait pas, comme, par exemple, si, trompé par les apparences, on achète d'un mandataire ou d'un tuteur, que l'on croit propriétaire, le bien d'un mandant ou d'un pupille. *Bonæ fidei emptor videtur*, dit la loi romaine, *qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse* (1).

Toute revendication de fruits, dirigée par le propriétaire contre le possesseur, renferme une accusation, et, par cela même, impose un devoir au demandeur.

Une possession est présumée de bonne foi jusqu'à la preuve du contraire. « La loi civile, a dit M. Portalis, ne scrute pas les consciences; les pensées ne sont pas de son ressort. » C'est à celui qui allègue, qui incrimine, qu'il appartient de fournir la preuve. Le bien est toujours prouvé, par cela seul que le mal ne l'est pas; et ce n'est pas par de vaines conjectures, c'est par l'établissement de la certitude morale à sa plus haute puissance que la présomption légale veut être combattue et peut être détruite. Ajoutons que *l'erreur, c'est la bonne foi*; maxime née de la jurisprudence et qui la résume tout entière (2).

Un possesseur peut ignorer une nullité de forme échappée au discernement, à l'expérience de l'officier ministériel par qui l'acte a été formulé. Ainsi un notaire, après avoir

(1) L. 109; D., lib. L, *de verborum significatione*.

(2) Berteur, C. Brela, 10 sept. 1810, D. A., tom. 12, 447.

On lit aussi dans Vinnius : Huic nostræ opinioni causam deberet justa et *probabilis* facti ignorantia.

Digitized by Google

reçu toutes les signatures nécessaires à la validité d'une donation, oublie de rappeler la signature du donateur dans la mention destinée à constater l'accomplissement de toutes les formalités légales; la nullité de la donation est prononcée, mais sans restitution de fruits (1). Il y a mieux: le possesseur peut se faire illusion sur le sens de son titre; il peut se tromper sur l'interprétation d'une clause douteuse sans encourir les peines de la mauvaise foi (2).

L'incrédulité doit cependant avoir un terme. L'ignorance, et, par conséquent, la bonne foi, ne saurait se concilier avec des ordres précis, impératifs, émanés de l'autorité compétente, notifiés régulièrement et que l'on n'a pu ni méconnaître ni dédaigner (3). Il en est de même en matière de nullité de forme, si la nullité ne se cache pas dans quelques irrégularités microscopiques faciles à ignorer, mais se pose dans une violation de nature à frapper les regards les moins attentifs. Ainsi, par exemple, si, postérieurement à l'abrogation de la loi qui permettait le don mutuel entre époux par un seul et même acte, deux conjoints se présentent devant un notaire et le requièrent d'écrire dans le même contrat la donation qu'ils sont réciproquement dans l'intention de consentir au profit l'un de l'autre, et que l'officier ministériel se prête à leur volonté; l'ignorance, ne portant pas sur un fait, mais sur un principe, ne protégera plus la possession (4); car l'ignorance du droit n'excuse personne (5). Il en était de même

(1) Lotten, *C.* Bron, 7 mai 1819; Douai, D. P., 20, 2, 53; Héritiers Leroy, *C.* Chinon, 9 mars 1835; Angers, D. P., 26, 2, 175.

(2) Cornuaud, *C.* Angan, 17 janvier 1827; Bordeaux, D. P., 28, 2, 134; D. A., tom, 12, p. 447.

(3) Commune de Bazonges, *C.* Sohier, 20 mai 1829. Cass., D. P., 30, 1, 22

(4) Chalopin, C. de Laroche et Paris, 28 août 1832; Bourges, D. P., 34, 2, 74.

(5) Quod si scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas

Digitized by Google

dans l'ancien droit de la possession fondée sur une donation entre époux intervenue pendant le cours du mariage, c'est-à-dire au mépris d'une prohibition positive et irritante de la loi.

La mauvaise foi, à juste titre définie *scientia rei alienæ*, doit être toute personnelle à celui que l'on en accuse; les fruits s'acquérant jour par jour, c'est l'état de conviction dans lequel se trouvait le possesseur au moment de la perception qui doit être considéré. Si le possesseur avait besoin, pour se maintenir dans la propriété des fruits recueillis, d'invoquer la possession de ses auteurs, il serait sans doute tenu d'accepter cette possession telle que leur bonne ou mauvaise foi l'aurait constituée, comme il arrive quand il s'agit de prescription.

La prescription ne peut résulter, en effet, que d'une possession continue, et qui, pendant une période de plusieurs années, s'est maintenue telle que le veut la loi; c'est-à-dire, s'il s'agit de la possession décennale ou vicennale, qu'elle ait été pendant l'une ou l'autre période, paisible, publique, non équivoque, à titre de propriétaire et de bonne foi.

Mais en matière de fruits, il n'en est pas ainsi; il y a autant d'actes d'acquisition que d'actes de perception, et il suffit que la bonne foi se retrouve dans chacun d'eux, *magis est ut singula momenta spectemus*. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer à l'acquisition des fruits les solidarités héréditaires admissibles quand il s'agit de la conquête du fonds (1).

La grande raison de Pothier pour soutenir l'opinion contraire, c'est que la possession à laquelle les héritiers ont succédé est la même possession qu'avait le défunt lui-

sine tutoris auctoritate administrare : non capies usu, quia *error juris nulli prodest*. L. 2, § 15, D., lib. XLI, tit. 4, *pro emptore*.

(1) L., 23, § 1, D., lib. XLI, tit. 1, *de adquirendo rerum dominio*.

Digitized by Google

même. Cette argumentation présuppose que les héritiers succèdent à la possession de leur auteur; or, ce qui est vrai pour une possession qui, se composant d'une période indivisible de dix ou vingt années, a besoin d'accepter comme élément les actes et les faits du défunt, ne l'est plus pour une possession quotidienne qui commence à l'ouverture de la succession, et qui, de soleil en soleil, donne à l'héritier devenu possesseur un droit corrélatif sur les fruits. Cette possession, toute personnelle à l'héritier, ne peut se juger que d'après les actes de l'héritier lui-même; et ce n'est pas là le cas d'appliquer la maxime : *hæredis quoque succedentis in vitium, par habenda fortuna est*. Comme il est possible, comme il est naturel même de croire à la légitimité des droits du défunt sur les biens trouvés dans son hérédité, il n'existe aucun obstacle à ce qu'une possession violente, précaire ou clandestine, soit suivie d'une possession suffisante à l'acquisition des fruits.

Cette opinion est celle de M. Duranton; la possession, dit ce judicieux professeur, est une chose de fait et non de droit; d'où il conclut que, si l'héritier est de bonne foi, il doit faire les fruits siens tant qu'il ne connaît pas les vices de sa possession. L'obligation imposée par une loi du code à l'héritier de restituer les fruits que son auteur avait reçus de mauvaise foi, ne saurait exercer aucune influence dans la discussion, puisqu'il s'agit d'une espèce où l'héritier appelé à continuer le procès commencé contre son auteur, était lui-même constitué dans la connaissance du droit d'autrui (1).

(1) L. 2, Code *de fruct. et lit. exp.* lib. VII, tit. 51.

C'est l'opinion de Voëtius sur cette loi : Cum ibi agatur de hæredé, etiam in mala fide posito. Lib. XLI, tit. 1, *de adquirendo rerum dominio*, tom. 4, p. 738.

Le texte de la loi est en effet formel; c'est lorsque l'héritier succède, non seulement à la personne, mais à la mauvaise foi de son auteur, que la fortune doit être égale entre eux. Domat, qui ne veut pas que la bonne

Digitized by Google

Un arrêt a jugé, il est vrai, que des héritiers ne pouvaient être réputés avoir possédé de bonne foi ce que leur père avait possédé de mauvaise foi, pétition de principe qui reproduit sans la fortifier l'opinion de Pothier, et qui, par cela même, nous dispense des soins d'une nouvelle réfutation (1).

M. Delvincourt, après un lumineux exposé de la question, se décide pour l'opinion contraire à celle que nous soutenons ici. « Le possesseur de mauvaise foi, dit-il, a » contracté l'obligation non seulement de rendre la chose, » mais encore d'indemniser le propriétaire de tous les dom- » mages que peut lui causer le retard apporté dans la resti- » tution (2). »

Cette obligation, que nous ne contestons pas, reste sans application à un fait postérieur à l'ouverture de la succession. L'héritier ne trouve pas dans la succession l'obligation de restituer des fruits qui ne se perçoivent qu'à compter de la mort de l'ancien possesseur : l'héritier est un nouveau possesseur. Chaque fait nouveau de perception, que tolère le propriétaire, doit être jugé d'après la bonne ou la mauvaise foi dont cet acte est accompagné. Le pos-

foi de l'héritier fasse cesser les effets de la mauvaise foi du défunt, ne cite, à l'appui de cette opinion, que cette loi 2, écrite dans l'hypothèse où l'héritier n'est pas de meilleure foi que son auteur.

(1) Haise, *C.* Esseline, 23 juillet 1826; Caen, D. P., 28, 2, 151.

Si l'on veut se reporter aux circonstances de cet arrêt, on y verra que la mauvaise foi personnelle des héritiers était démontrée. La demande en partage formée le 19 mars 1805 par les sœurs d'Esseline pouvait-elle être ignorée par les enfans de celui-ci? Le partage fait par Esseline entre ses enfans, en 1813, n'avait-il pas été soumis aux résultats de l'instance introduite en 1805? L'action favorable et notoire intentée par les sœurs ne permettait pas de croire à l'ignorance des héritiers. La maxime posée par l'arrêt est sans doute absolue, générale; mais l'arrêt lui-même a été influencé par les faits.

(2) *Cours de Code civil*, tom. 2, pag. 10 et 11, aux notes. (Edit. de 1824.)

Digitized by Google

sesseur, qui n'a pas trouvé dans l'hérédité le devoir de restituer un fruit qui n'était pas encore perçu, et qui tient non pas de sa qualité d'héritier, non pas même de son titre de possesseur, mais du fait de sa bonne ou mauvaise conscience, le droit de retenir les fruits qu'il a recueillis, ou l'obligation d'en tenir compte, ne succède à personne en cette partie. Il ne tient son droit ou son obligation que de lui-même.

Le droit aux fruits ne résultant que de la bonne foi du possesseur au moment de la perception, il ne suffit pas, pour que les fruits soient acquis pour tout le temps de la possession, que la bonne foi se soit montrée au commencement de la carrière; il faut encore qu'elle se soit maintenue pendant tout son cours. Le jour où le possesseur s'éclaire, le jour où le droit d'autrui se montre à ses yeux, sa bonne foi disparaît, et, avec elle, son droit aux fruits; et ce jour n'est pas seulement celui de la revendication; la mauvaise foi commence à l'instant même où, par une voie quelconque, l'ignorance disparaît. Le seul fait de la sommation de restituer met en question la bonne foi du possesseur. Si cet acte extra-judiciaire est suivi, dans un délai convenable, de la citation en justice, le droit aux fruits, à compter de l'interpellation, dépendra du sort du procès. Si le possesseur perd sa cause, il devra compte des fruits échus pendant l'intervalle (1); s'il la gagne, il sera confirmé dans sa conviction, ou, si l'on veut, dans son erreur. Si, après une

(1) Maillot, *C.* Henriot, 1 mars 1808; Paris, D. A.[1], 2, 288.

Litigator victus, qui post conventionem rei incumbit alienæ, non in sola rei redhibitione teneatur, nec tantum fructuum præstationem eorum quos ipse percepit agnoscat : sed etiam eos quos percipere potuisset, non quos eum redegisse constat, exsolvat, ex eo tempore, ex quo, re in judicium deductâ, scientiam malæ fidei possessionis accepit. L. 2, Code, *lib.* VII, *tit.* 51, *de Fructibus.*

Et omne habeat petitor, quod habiturus foret, si, eo tempore quo judicium accipi debetur, restitutus illi homo fuisset. L. 20, D., *lib.* VI, *tit.* 1, *de rei vindicatione.*

Digitized by Google

première démonstration, ou même une citation en justice, le propriétaire prétendu rentrait dans le silence, et que cet état se prolongeât long-temps; et, par exemple, si les tribunaux étaient saisis jusqu'à la péremption, la bonne foi du possesseur pourrait s'accroître ou du moins s'autoriser de cette conduite même. Il ne faut donc pas dire d'une manière absolue que la situation du possesseur change par le seul fait d'une mise en demeure. Mais il faut dire que la mise en demeure est un fait grave qui, dans l'appréciation de la conviction du possesseur doit être pris en grande considération.

De la différence qui s'établit aux yeux de la morale et de la raison entre les deux ordres de possession, résulte une nuance prononcée entre l'étendue des devoirs de chacune d'elles.

Si le possesseur de bonne foi pouvait être tenu à des restitutions de fruits, on ne pourrait exiger que la représentation de ceux qu'il aurait perçus, et non pas de ceux qu'il aurait laissé perdre. Propriétaire, dans sa conviction du moins, le *jus utendi et abutendi* le protégerait avec énergie (1); il n'en saurait être de même du possesseur de mauvaise foi. Instruit du droit d'autrui, la vigilance, l'ordre, l'économie sont devenus les règles nécessaires, absolues d'une administration dont il devra rendre compte. Il répondra donc de ce qu'il a reçu et de ce qu'il a dû recevoir. Il faudra qu'il représente en nature ou en argent, d'après les mercuriales de la contrée, les fruits qu'il a perçus et ceux qu'un bon père de famille aurait probablement obtenus (2).

(1) A Rome, le possesseur d'une hérédité, alors même qu'il était de bonne foi, se trouvait astreint à certaines restitutions; mais il n'était pas tenu de sa simple négligence : « Tunc enim *quia quasi rem suam neglexit*, nulli querelæ subjectus est. L. 31, § 1, lib. VI, tit. 3, *de hæred petit.*

(2) Fructus non modo percepti, sed et qui percipi honeste potuerunt, æstimandi sunt. D., l. 33, lib. VI, tit. 1, *de rei vindicatione.*

Sed et fructus, non quos perceperunt, sed *quos percipere debuerunt*, eos præstaturos. L. 25, § 4; D., lib. VI, tit. 3, *de hæreditatis petitione.*

Il en est de même du possesseur qui, d'abord de bonne foi, a, dans le cours de sa possession, connu les vices de son titre : *postea prædo est*. Dans ce qui précède, se trouve le commentaire anticipé de l'article 550, ainsi conçu : *le possesseur est de bonne foi quand il possède en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices; il cesse d'être de bonne foi dès le moment où ces vices lui sont connus.*

Une règle imposée à la mauvaise foi originaire ou survenue, c'est de continuer l'administration comme *negotiorum gestor*, jusqu'au moment de la remise entre les mains du propriétaire.

Il est au surplus un terme aux expiations de la mauvaise foi.

Le possesseur de mauvaise foi, n'étant tenu qu'à la restitution de la chose et de ses produits, a le droit de retenir ou de réclamer les frais de culture; car autrement il subirait une condition plus dure que celle imposée par la loi. Le principe qui n'attribue les fruits au propriétaire qu'à la charge de rembourser les frais de labour est trop équitable dans sa pensée, trop général dans son expression, pour ne pas régir toutes les hypothèses. Aussi, quelle que soit la juste défaveur dont la possession de mauvaise foi est environnée, il faut dire que, lorsqu'il ne s'agit plus que d'un remboursement de cette nature, la défaveur cesse et ne menace plus que le propriétaire qui voudrait abuser d'un tort, d'une imprudence, peut-être, pour s'enrichir aux dépens d'autrui.

HENNEQUIN,
Avocat à la cour royale de Paris, Député du Nord.

Digitized by Google

DROIT COMMERCIAL.

Quels sont la nature et les effets des lettres de change qui n'énoncent pas soit que la valeur en a été fournie, soit la manière dont elle l'a été ?

En attendant que nous mettions au jour le cours de droit commercial auquel nous travaillons, nous avons pensé pouvoir en publier déjà quelques fragmens où sont traitées des questions dignes d'appeler l'attention.

La lettre de change, qui est le titre d'exécution du contrat de change, peut être définie : un acte négociable rédigé dans le style d'une lettre missive, *avec les formes prescrites par la loi*, par lequel, en échange de la valeur équivalente qu'on reçoit dans un lieu, on s'oblige de faire payer ordinairement (1) par un tiers, à qui on en donne le mandat, une somme d'argent déterminée, dans un autre lieu et à une époque convenue, à celui au nom et à la disposition duquel cet acte est passé ou à celui qui sera cessionnaire de ses droits immédiatement ou médiatement (2).

(1) Nous établirons dans cet autre article, que le billet à domicile tiré sur le tireur lui-même et payable par lui, avec remise de place en place, est une véritable lettre de change.

(2) Le Dictionnaire universel du Commerce composé par les deux fils de Jacques Savary, donne cette étrange définition de la lettre de change : « Un petit morceau de papier volant, ordinairement de forme longue et » étroite, sur lequel est écrit un ordre ou une rescription sommaire que » donne un banquier, un négociant ou un marchand, etc. »

Dans la Bibliothèque de Droit commercial qui se trouve à la suite des lettres sur la profession d'avocat, par M. Camus, publiées par M. Dupin, M. Pardessus a confondu Jacques Savary, auteur du parfait négociant et l'un des principaux rédacteurs de l'ordonnance de 1673 avec ses fils, en

Digitized by Google

Cette définition indique que la forme de la lettre de change n'est pas arbitraire, et le Code de commerce (articles 110 et 111) a pris soin d'énumérer les conditions et les énonciations qui constituent cette espèce d'effet.

Parmi ces énonciations, l'article 110 porte que la lettre de change énonce *la valeur fournie en espèces, en marchandises, en compte ou de toute autre manière.*

Le législateur a procédé par forme d'exemple en se bornant à faire l'application d'une règle qu'il suppose préexistante. En effet, cette disposition renferme en elle deux conditions, et il eût été plus exact de la traduire ainsi : la lettre de change énonce, 1° que la valeur en a été fournie au tireur par le donneur de valeur ; et 2° de quelle manière ou en quelle nature elle l'a été.

La prestation de la valeur tient à la nature du contrat de change ; car sans cela, il n'y aurait qu'un simple prêt. Et afin de prévenir les suppositions et d'empêcher qu'on ne déguise d'autres contrats sous le nom de contrat de change, la loi exige, de plus, qu'on énonce comment la valeur a été fournie. Ainsi cette seconde énonciation est prescrite comme garantie de la première, et toutes deux sont prescrites comme garantie de la réalité du contrat de change.

Pothier dit que ce fut un droit nouveau établi par l'ordonnance de 1673, pour empêcher les fraudes des banqueroutiers (*Tr. du contr. de ch.*, n° 34). Et M. Pardessus remarque que ce système n'est qu'une application exacte du principe d'après lequel tout engagement doit avoir une cause (*Code civ.*, art. 1108 et 1131), et en même temps une dérogation à celui d'après lequel on suppose une cause dans les actes qui n'en expriment pas, en sorte que la convention n'en est pas moins valable (*Code civ.*, art. 1132 ; — *Cours de dr. comm.*, n° 340).

lui attribuant ce Dictionnaire. La même erreur a été commise dans le Dictionnaire de Bibliographie de Fournier.

Digitized by Google

Mais le Code de commerce n'a sanctionné par aucune disposition pénale ou irritante, l'observation des formes qu'il prescrit. En sorte que les conséquences ou le résultat de chaque omission doivent être réglés d'après les principes de la matière et l'objet ou l'importance de l'énonciation omise.

C'est ainsi que s'est élevée la question de savoir quels sont la nature et les effets des lettres de change qui n'énoncent pas soit que la valeur en a été fournie, soit la manière dont elle l'a été.

Mais cette question complexe est restée assez obscure au milieu de la collision des auteurs et des arrêts. Il importe donc de l'éclaircir et de ramener à leur expression la plus simple les principes dont elle dépend, en démêlant la vérité et l'erreur, qui trop souvent ont été confondues.

Pour y parvenir, nous réduirons la théorie à établir, à trois propositions que nous allons chercher à justifier successivement.

1° D'abord la disposition spéciale de la loi qui exige expressément l'énonciation de la valeur fournie, pour garantie d'une condition dont dépendent les avantages particuliers attachés à la lettre de change, fait de cette énonciation une condition essentielle à défaut de laquelle l'effet ne peut plus valoir comme lettre de change.

Mais quelle est alors la valeur de cet effet ainsi dégénéré? Telle est principalement la question.

Si l'on consulte Savary (parère 46; quest. 4°), Pothier (*Tr. du contr. de ch.*, n° 34) et M. Delvincourt (*Instit. de dr. comm.*, t. 2, p. 110), on trouve, en général, à côté de quelques principes justes, des lacunes et même des erreurs qui éloignent du but et laissent la solution incomplète.

M. Pardessus nous semble avoir approché le plus près de la véritable décision (*Cours de dr. comm.*, n° 463).

Cet auteur établit clairement une distinction d'après

Digitized by Google

laquelle, quand l'omission porte sur le fait même d'une valeur comptée, l'écrit n'est qu'une procuration donnée par celui qui l'a signé, à celui au profit de qui il est rédigé, de toucher la somme ou la valeur indiquée; procuration qui imposerait à ce dernier l'obligation d'en rendre compte. Mais si l'écrit exprime qu'une valeur a été reçue par celui qui l'a souscrit, sans en désigner la nature, il vaut comme promesse que cette valeur sera délivrée par le tiers indiqué, ou que l'auteur de cet ordre la délivrera lui-même.

C'est, en effet, ce qu'ont décidé plusieurs arrêts qui ont considéré, en ce cas, la lettre de change comme réduite à l'état d'une simple promesse; ce qui n'est pas tout-à-fait exact, comme on va le voir. (V. *Répertoire de jurisprudence*, t. 16, addit. aux mots *Lettre et billet de change*, § 2, n° 2, p. 629 et 630.)

Voici, selon nous, à quoi tient la véritable solution de la question.

L'ordre inséré dans la lettre de change, lequel constitue le preneur propriétaire de cette lettre avec faculté de la transmettre par la voie de l'endossement, est de même nature et par conséquent soumis aux mêmes règles que l'ordre qui est compris dans l'endossement au profit d'un nouveau porteur.

Or, si l'endossement ne contient pas l'énonciation d'une valeur fournie et de la nature de cette valeur, il n'opère pas translation de propriété et n'est qu'une procuration. (*Code de comm.*, art. 138.)

Il doit donc en être de même d'une lettre de change à laquelle manque cette énonciation. Le preneur n'est alors que le mandataire du tireur et par conséquent n'a aucune créance contre lui. Voilà pourquoi il n'est pas exact de dire que la lettre de change est une promesse, puisque le tireur, n'ayant qu'un mandataire et n'ayant pas de créancier, n'est obligé envers personne; mais si le tireur, tout en restant simple mandant, reconnaît avoir reçu de celui qu'il con-

Digitized by Google

stitue mandataire une valeur égale à celle de la lettre, par ces seuls mots *valeur reçue*, cette reconnaissance insérée dans la procuration, quelle que puisse être d'ailleurs la nature de la valeur reçue, doit avoir son effet et ne saurait être révoquée sans mauvaise foi. Il en résulte donc que le mandataire a payé d'avance au mandant la somme qu'il est chargé de toucher pour lui, et que celui-ci doit par conséquent lui en faire état.

C'est ce qu'a décidé un arrêt de la cour d'appel de Lyon du 21 mars 1811 à l'égard d'endossemens de billets à ordre. (*Journ. des aud. p. Denevers*, 1811, suppl., p. 162.)

Ainsi, en résumé, la lettre ne vaut, dans tous les cas, que comme procuration, avec distinction que, s'il est reconnu que le mandataire en a avancé la valeur d'une manière quelconque, il doit lui en être tenu compte.

2° En second lieu, de la nature même de la lettre de change, qui, étant destinée à être reçue dans la circulation, doit porter en elle, comme une pièce de monnaie, les preuves de sa validité, il résulte qu'on ne peut suppléer à l'omission de l'énonciation de la valeur fournie par d'autres preuves extrinsèques, à l'égard des tiers porteurs.

Cependant, sur ce second point, Savary ajoute (*loc. cit.*) qu'en ce cas, il faudrait que le preneur prouvât par lettres, ou par autres pièces, avoir donné la valeur au tireur, et M. Delvincourt dit que la lettre ne vaut pas même comme promesse, à moins que le porteur ne justifie légalement de la cause, c'est-à-dire de la valeur fournie.

Et, en effet, un arrêt de la Cour de cassation du 30 août 1826 (*Jur. gén.*, p. Dalloz, 1827, 2e part., p. 15.) a décidé que le défaut d'énonciation de la nature des valeurs fournies n'opère pas la nullité des lettres de change; que seulement il en résulte la nécessité d'établir quelles sont ces valeurs. Dans l'espèce, on avait ordonné l'apport de la correspondance.

Mais cette doctrine, en tant que, par sa généralité, elle

Digitized by Google

concernerait les tiers, est contraire aux principes de la matière.

Aussi M. Delvincourt (*Instit. de dr. comm.*, t. 2, p. 102 et 103) établit que le porteur ne serait pas recevable à prouver autrement que par l'acte même, de quelle manière la valeur a été fournie; et il cite un arrêt de la Cour de cassation du 24 juin 1812, mais qui ne décide pas la question. (V. *Journ. des. aud. p. Denevers*, 1812, 1re part., p. 425 et suiv.)

M. Pardessus (*Cours de dr. comm.*, n° 340) dit de même que les mentions portées aux registres des parties ou autres preuves extrinsèques, ne peuvent suppléer au défaut d'expression de la nature de la valeur fournie.

Et la Cour de cassation a jugé, par arrêt du 23 juin 1817 (*Journ. des aud. p. de Seligny*, 1817, 1re part., p. 488 et suiv.), à l'égard des endossemens, lesquels sont soumis aux mêmes règles, que c'est dans l'acte même et non dans des élémens étrangers, tels que les livres des contractans, qu'on doit rechercher si réellement la valeur a été fournie, et l'indication de la manière dont elle l'a été.

Mais cette doctrine serait à son tour, par sa trop grande généralité, inexacte en sens opposé, en tant qu'elle serait appliquée aux contractans; car si les preuves extrinsèques ne peuvent influer, à l'égard des tiers, sur la validité de la lettre de change, cependant il est certain qu'elles seraient admissibles entre le tireur et le preneur, parce qu'entre eux l'acte doit être ramené à sa réalité, abstraction faite de toute négociation ultérieure.

3° Enfin cet acte imparfait et dont le vice ne peut, pour les tiers, être réparé par des preuves étrangères ou prises en dehors, ne l'est cependant pas irrévocablement et d'une manière absolue; le vice est réparable et l'acte contient le germe d'une véritable lettre de change. En un mot, c'est un projet de lettre de change qui attend son complément et sa perfection, c'est-à-dire l'expression d'une valeur

Digitized by Google

fournie, et c'est ce qui a lieu par l'effet du premier endossement régulier, qui se réunit à la lettre comme partie intégrante et fait corps avec elle, en sorte que la preuve qui en résulte n'est plus étrangère à la lettre ou extrinsèque.

En effet, la lettre imparfaite et valant procuration pour le porteur, lui donne le droit de la négocier, non pour lui, mais pour le tireur, dont il est seulement constitué mandataire et auquel il est par conséquent tenu de rendre compte. Ainsi il en est de même que si le porteur de l'endossement s'était rendu directement preneur, envers le tireur; car le premier preneur, n'étant que l'agent du tireur, doit être éliminé pour ne laisser paraître que ce dernier. En un mot, la lettre se fait en deux parties et à deux reprises, au lieu de recevoir la perfection d'un premier jet.

Mais le mandat que l'effet constitue d'abord est transmissible et donne pouvoir de substituer. C'est ce qui arrive d'un endosseur à un autre par tout endossement défectueux et irrégulier jusqu'au premier endossement complet et régulier qui constate que la valeur de la lettre a enfin été fournie au tireur par l'intermédiaire de ses mandataires, et qui constitue le porteur propriétaire de la lettre qu'il acquiert en la payant, et le tireur obligé ou garant envers lui.

Savary (parère 35) enseigne que, dans ce cas, la nullité de la lettre et la preuve ne regardent pas le tiers porteur, mais seulement le preneur, quand il paraît par l'ordre que ce dernier a passé au porteur, qu'il a reçu de lui la valeur en espèces ou d'une autre manière exprimée.

Et M. Delvincourt (*Instit. de dr. comm.*, t. 2, p. 108) répète que la nullité n'existe qu'entre le tireur et le preneur, ou ses ayant-cause; mais non à l'égard de celui auquel l'ordre aurait été passé par un endossement régulier et pour une valeur exprimée, et que, dans ce cas, la propriété de la lettre est censée transférée par l'endosseur, non pas en qualité de propriétaire, puisqu'il ne l'est pas, mais comme mandataire du propriétaire.

Digitized by Google

Ce cas est donc assimilé à la fois, d'abord, comme nous l'avons déjà indiqué, à celui qui est prévu par l'art. 138 du Code de commerce concernant les endossemens incomplets et irréguliers, et, en outre, par une analogie non moins exacte, à celui qui est prévu par l'avant-dernière disposition de l'article 110 et dans lequel la lettre, étant à l'ordre du tireur lui-même et manquant par conséquent d'un preneur ou créancier et d'une valeur fournie, devient parfaite par le moyen du premier endossement régulier qui constate la prestation de cette valeur de la part d'un preneur.

Un arrêt de la cour royale de Toulouse du 4 juin 1825 (*Jur. gén.*, p. Dalloz, 1825, 2e part., p. 190) a proclamé sur ce point les véritables principes en décidant que l'expression que la valeur a été fournie n'est pas prescrite à peine de nullité, dans le corps même de la lettre; que dans le moment, il n'existe qu'un mandat qui ne confère d'autres droits au porteur, que celui de négocier l'effet pour le compte du tireur; mais que lorsqu'il a été négocié à un tiers de bonne foi qui en a fourni la valeur, avec expression de cette circonstance de la part du mandataire, le contrat de change est consommé et conséquemment l'écrit qui le constate est valable et oblige le mandant au profit des tiers de bonne foi.

La Cour de cassation a aussi décidé la question *in terminis*, par un arrêt du 9 février 1814 (*Journ. des aud.*, p. Jalbert, 1814, 1re part., p. 237 et suiv., et *Tr. des effets de commerce*, par Dalloz, p. 566 et 567), rendu au sujet d'une lettre de change portant la clause insuffisante : *valeur en moi-même*, et dont le premier endossement était défectueux, mais dont le second seulement était complet et régulier; et il a été jugé que ce second endossement, contenant l'expression de la valeur reçue, avec la nature de cette valeur, avait eu pour effet de conférer au titre, jusque-là imparfait, les caractères d'une lettre de change.

Digitized by Google

Un autre arrêt de la Cour de cassation rendu le 18 janvier 1825 (*Jur. gén.*, par Dallez, 1825, 1re part., p. 49 et suiv.) a encore consacré la même doctrine au sujet de billets à ordre qui n'énonçaient pas la nature de la valeur fournie et dont le premier endossement n'exprimait pas même qu'une valeur eût été fournie, mais dont le second était conforme aux dispositions de la loi, qui sont les mêmes à cet égard que pour les lettres de change. Il a été jugé qu'en signant ces billets, le souscripteur avait consenti et qu'aucune loi ne lui avait défendu de consentir à ce que le preneur les transférât par la voie de l'ordre, et avait par conséquent pris l'engagement d'en payer la valeur à celui auquel ils auraient été transmis par un endossement contenant la mention de la valeur fournie.

La décision est juste, sous ce rapport; mais, dans un autre article, où nous traiterons la même question à l'égard des billets à ordre, qui sont régis, sur ce point, par des principes tout différens, nous établirons que cette doctrine ne peut y être applicable.

THIÉRIET,
Professeur à la faculté de droit de Strasbourg.

Digitized by Google

De l'état actuel des prisons en France, par M. Moreau-Christophe, ancien inspecteur général des prisons, 1 vol. in-8°, chez Desrez, libraire, rue Saint-Georges, n° 11, à Paris.

La réforme des prisons a été depuis quelques années l'objet de travaux nombreux, et qui se sont succédé sans relâche; les enquêtes ont suivi les enquêtes, les observations pratiques se sont partout fait jour; puis sont venus les systèmes et les théories. Cette cause généreuse, et je dirais presque sainte, a été embrassée avec ardeur par des esprits élevés, par des hommes en qui le dévouement s'est uni à la science, et qui en ont fait le but de leurs efforts et la vie de leur vie. La réforme peut encore être différée, mais elle est dès à présent assurée. Peut-être, au reste, l'instant n'est-il pas arrivé encore où cette question, mûrie par la science, pourra porter ses fruits; on saura, en sondant ce terrain, qu'il n'a encore été qu'à peine exploité. Chaque œuvre nouvelle, en entr'ouvant ses profondeurs, en dévoile un aspect inconnu; quelque confusion se manifeste, enfin, parmi tant de travaux. Unis pour attaquer un état de choses qui ne trouve plus d'appuis, les hommes de la science se sont divisés quand il s'est agi de le remplacer. La tâche la plus difficile demeure donc encore; car il reste à mettre en œuvre ces matériaux épars, et peut-être trop rapidement amassés; il reste à déduire des règles simples et pratiques des faits qu'a mûris l'examen, et des systèmes que l'expérience a éprouvés.

C'est à ces termes que l'auteur du livre que nous annonçons ramène tout d'abord la question de la réforme; et c'est en la considérant sous ce point de vue qu'il se propose de la résoudre. Son livre mérite l'attention des hommes

Digitized by Google

spéciaux. Ce n'est point une œuvre légèrement composée et qui reproduise des faits et des idées que la science ait déjà reçus dans son domaine. M. Moreau-Christophe a recueilli, dans le cours de son administration, une abondante moisson de faits et d'observations pratiques; ces observations et ces faits, quelle qu'en soit la valeur, lui appartiennent en propre. Il a donc acquis le droit de parler d'une matière qu'il a lui-même et long-temps explorée. Ce n'est d'ailleurs qu'après de longues méditations sur ces faits péniblement recueillis, ce n'est, si j'ose le dire, que forcé dans son silence par les fausses idées qui s'emparaient de la matière, que cet écrivain s'est décidé à développer aussi ses pensées et son système. Son ouvrage, encore incomplet, et dont nous ne possédons que la première partie, promet une théorie complète de la science des prisons, fondée sur des règles coordonnées entr'elles et puisées dans l'observation des faits.

Un livre ainsi conçu serait une œuvre aussi nouvelle que féconde. Trop souvent, en effet, dans ces matières, la théorie, en développant les diverses parties de son système, perd de vue le principe générateur qui doit respirer dans toutes ses applications; trop souvent ce principe, auquel on devrait incessamment remonter, est méconnu, lorsqu'il suffirait de l'invoquer pour résoudre les questions les plus épineuses.

En général, on peut ramener à deux idées, à deux écoles, les divers systèmes qui se sont produits. L'une, que j'appellerai exclusivement *pénitentiaire*, n'assigne à la peine qu'un seul but, sous quelque terme qu'elle le déguise, l'amendement du coupable. Dans cette théorie, la peine la plus réformatrice est la plus efficace; on la dépouillerait de toutes ses aspérités, si plus douce elle devait amollir plus d'esprits rebelles, réformer plus de vices. Ce n'est même point, à proprement parler, une peine, mais bien un temps d'épreuve et d'enseignement. Dès que la conviction est as-

Digitized by Google

surée, les portes doivent s'ouvrir ; car, pourquoi la détention continuerait-elle ? Son but est atteint : l'agent n'est plus dangereux ; la société doit l'accueillir. Ce système, qui a long-temps régné presque incontesté dans la science, est aujourd'hui vivement combattu par l'école *pénale*. Celle-ci défend les châtimens contre les envahissemens du système pénitentiaire ; elle craint qu'en les dépouillant de leur caractère répressif, il ne les prive de leur intimidation ; qu'en assignant, pour unique mission, la réforme du coupable, il ne transforme la prison en une manufacture ou une école. Le but de la peine, dans ce système, est de punir ; il faut donc qu'elle conserve ses aspérités et ses rigueurs. L'amendement n'est que secondaire ; il ne faut pas que son action contrarie l'action du châtiment, et le système pénitentiaire n'est accueilli qu'à condition qu'il se pliera aux exigences du Code, et que s'il en modifie l'exécution, il ne prétendra pas en réformer les peines.

L'influence de ces idées diverses s'est manifestée dans la solution de l'une des questions fondamentales de la réforme des prisons, le système cellulaire. L'école pénitentiaire, en adoptant l'isolement des détenus pendant la nuit, a préféré pendant le jour le travail dans un atelier commun ; poursuivant, en effet, son but dans chaque question, elle n'a vu dans le système des ateliers qu'un moyen de moraliser les détenus par un travail plus continu, plus actif, de réformer leurs penchans vicieux par de laborieuses habitudes, par une plus facile surveillance. L'école pénale veut s'étonner dans ses ateliers l'appareil de la peine ; elle craint que cette peine ne s'émerve dans une exécution trop molle et trop bénigne ; elle penche dès lors vers le système cellulaire de nuit et de jour (qui n'est que l'ancienne peine de la gêne établi par l'Assemblée constituante), parce que cette réclusion conserve au châtiment sa rigueur et son intimidation, parce qu'elle semble y ajouter même une sévérité, une terreur nouvelle.

Digitized by Google

Il est évident que ces systèmes différens sont l'expression plus ou moins directe, implicite ou avouée de deux principes distincts. Ces principes, ce sont les fondemens mêmes du droit de punir. L'école pénitentiaire n'est qu'une émanation de cette théorie qui puise la légitimité de la peine dans le droit qu'a la société de se défendre contre les attaques de ses membres. Ce principe, qui fut la loi du philosophisme du dix-huitième siècle, a été habilement modifié de nos jours; mais s'il est soutenu encore, malgré les efforts de l'école spiritualiste, c'est surtout pour assurer cette conséquence que tout exercice du droit de punir qui n'est pas absolument nécessaire à la défense du corps social, est un abus et non plus un droit. Or appliquez cette règle à l'exécution de la peine, il en résulte que la réforme morale des coupables doit, dès qu'elle est constatée, désarmer cette peine; car cette réforme fait cesser le péril social, et avec le péril le droit de se défendre : le châtiment doit donc prendre son terme dans l'amendement lui-même. Le système pénal assigne pour base à la punition soit l'utilité du plus grand nombre, soit l'expiation du délit moral, et il arrive nécessairement à une conséquence opposée; la peine, en effet, dans l'une et l'autre de ces deux théories, doit être exécutée, soit comme moyen d'intimidation, soit comme moyen d'expiation. Cette exécution est une dette que l'agent doit payer à la société, soit qu'il se corrige ou qu'il persévère dans sa perversité. L'amendement est sans doute le vœu de la société; c'est une promesse à l'avenir; mais la loi de l'utilité sociale ou celle de la justice morale exigent avant tout l'accomplissement fidèle de la punition. C'est des principes mêmes de la peine que découle la nécessité de lui conserver ses signes extérieurs, son appareil sévère, son caractère redoutable.

On voit donc combien il importe, avant de mettre le pied dans la carrière de la réforme, de fixer comme une

Digitized by Google

bannière sous laquelle toutes les questions viennent se rallier, le système pénal dont le mode d'emprisonnement ne doit être que l'exécution. La peine n'est que l'expression d'un principe ; elle en subit l'influence dans chacune des incriminations, dans chacune des applications de la loi; elle ne saurait secouer cette influence qui la suit et s'attache à elle dans les phases de son exécution. C'est pour avoir omis de planter cette borne qui devait leur servir de point de départ, que certaines réformations se sont égarées dans un espace où il leur manquait un guide. Quelques uns, trop préoccupés de régler l'application de la peine, ont méconnu le but de sa mission sociale; d'autres ont pris dans certains cas les effets qu'elle peut produire pour le but qu'elle se propose d'atteindre. Il eût alors fallu que la loi pénale s'assouplît elle-même sous les coups de leur réforme et en adoptât les bizarres conceptions; or c'eût été mettre en péril les règles fondamentales qui sont les garanties de la société; c'eût été compromettre le succès de la réforme elle-même.

D'après une théorie qui ne semble pas contestée, la peine puise son principe dans l'immoralité du fait que la loi qualifie de délit : c'est la loi morale violée qui fait sa légitimité. Cette doctrine qu'a développée naguère un illustre professeur, M. Rossi, ne rend pas seulement raison de la peine, elle lui assigne la nature de sa mission et le but qu'elle doit atteindre : ce but est l'expiation du délit. Trop souvent on a confondu ce but avec l'intimidation que la peine produit. Il faut dégager la matière de ce terme mal compris en général et presque toujours mal appliqué. L'intimidation peut être l'un des effets de la peine, elle n'en peut être le but; car autrement, ses rigueurs les plus inouïes seraient toutes légitimes. L'agent a blessé par son délit la conscience sociale; la peine est la rétribution d'un mal pour le mal qu'il a commis, l'expiation d'une faute que la société a dû pu-

Digitized by Google

nir à raison du préjudice qu'elle en éprouve : elle peut intimider, mais, avant tout, elle répare.

Je ne veux point développer ici cette règle féconde; je ne veux même pas démontrer que cette conséquence nécessaire est l'amendement moral des condamnés. Il est visible que la conscience publique, offensée par l'infraction, ne sera point satisfaite, tant que l'agent ne courbera pas sa tête repentante sous le joug de la peine, tant qu'il ne rendra pas hommage à la justice qui l'a frappé. Le complément de l'expiation, c'est la reconnaissance du crime, c'est le repentir de l'agent, c'est sa régénération.

Mais il m'a semblé que dans cette théorie on pouvait puiser les limites et presque le mode même de cette réforme : il suffira d'indiquer deux de ses corollaires. Le premier est que la peine doit conserver son appareil afflictif; car il faut avant tout que le crime soit expié, il faut que l'agent soit puni; si vous la dépouillez de la rigidité, vous lui ôtez sa mission morale et instructive; l'agent ne sera plus traité comme un coupable qui doit racheter sa faute, mais comme un malade qui n'a besoin que de soins et de réactifs. L'infraction morale ne sera pas réparée, la conscience publique ne sera pas satisfaite. Il faut donc que la régénération puisse s'opérer sans ravir au châtiment le mal qui le rend redoutable; toute réforme doit prendre ce principe pour point de départ.

Un autre corollaire est l'exacte proportion qui doit lier le délit et la peine. Cette règle, banale à force d'être vraie, et toutefois trop souvent inappliquée, n'est que l'exécution rigoureuse de la théorie qui puise dans la justice morale la justification du châtiment. Car si vous excédez d'un jour ou d'une heure les limites assignées au châtiment par la justice rétributive, cette heure ou ce jour ne sont plus que des actes de tyrannie. Or cette proportion ne doit-elle exister que lorsqu'il s'agit d'incriminer les actions et de distribuer les peines? Ne doit-elle pas présider encore à

Digitized by Google

l'exécution des condamnations? S'il en était autrement, ce ne serait qu'une règle incomplète, germe sans vie d'une justice impuissante, proclamée dans la théorie, et morte dans l'application. Pour que la peine soit en rapport avec le délit, il ne suffit pas que le législateur et le juge l'aient, autant qu'il l'ont pu, proportionnée à la gravité de l'action; il faut encore que le mode d'exécution de cette peine soit en harmonie avec la nature de cette action et propre à réformer le penchant vicieux où elle a pris naissance.

Il semble que les adeptes de l'école pénitentiaire aient pensé que tous les condamnés étaient empreints de la même dépravation, de la même perversité; quel que soit le crime qu'ils aient commis, les voilà soumis au même régime, accouplés dans le même atelier. Le travail en commun est comme un remède universel applicable à toutes les misères humaines. A la vérité, quelques uns ont voulu séparer les crimes contre les propriétés et les crimes contre les personnes, distinction d'ailleurs insuffisante et incomplète. Mais ce n'est pas seulement aux actes par lesquels s'est produit le crime qu'il faut remonter pour en étudier la nature; c'est surtout aux causes qui l'ont fait naître. C'est en liant la cause impulsive de l'acte avec cet acte lui-même; c'est en recherchant s'il a dû sa perpétration à la misère, à telle ou telle passion, à la cupidité, que vous pourrez ranger les détenus dans d'autres catégories, soumettre chacun d'eux au régime spécial qui lui convient, et enfin établir un rapport certain entre la peine et le délit, condition essentielle de son expiation.

Oh! soumettez au travail ces agens nombreux que la misère a seule conduits au crime; imprimez de laborieuses habitudes à ces vagabonds que l'amour de l'oisiveté et de la vie aventureuse a seul rendus coupables. Mais à un ouvrier laborieux dont l'amour et la vengeance ont égaré la main, à ce père de famille qui n'aura commis un faux

Digitized by Google

que pour éviter le déshonneur d'une banqueronte, à ce cultivateur qu'une rixe a fait meurtrier, que servent ces travaux et ces ateliers? Ce que la peine doit exciter en eux, ce n'est pas l'habitude du travail, qui ne leur a pas manqué, c'est la méditation qui ramène la pensée sur le crime, qui sonde les plaies de l'âme et qui les guérit avec les larmes du repentir. Et cette classe toujours croissante d'individus coupables d'attentats à la pudeur, est-ce donc seulement le travail des ateliers qui pourra arracher de leur cœur des désirs depravés? Je cherche vainement dans les écrits des réformateurs la pensée d'un régime spécial qui puisse être appliqué à cette immense catégorie : je ne vois qu'un système uniforme qui comprend toutes les moralités, quelque diverses qu'elles soient, toutes les criminalités quelque variées que soient leurs causes, quelque différens qu'aient été leurs actes.

Il semble donc que, dans la grande entreprise de la réforme des prisons, on ne doit repousser, on ne doit exclusivement accueillir aucun système. Chaque mode peut avoir d'excellens effets si on ne l'applique qu'aux moralités sur lesquelles il peut efficacement agir. Le travail silencieux en commun convient essentiellement à cette classe de condamnés, la plus nombreuse d'ailleurs, que le besoin, la misère, la paresse et la débauche ont seuls poussés dans la voie du crime. Il ne manque à ces classes que l'habitude du travail pour devenir aussi utiles à la société qu'elles lui sont actuellement à charge. Mais l'emprisonnement cellulaire, qui place et le jour et la nuit le condamné en face de son crime, et dont la solitude provoque et les réflexions et les remords, est plus propre à éteindre ces emportemens de l'âme, à réformer ces pensées dépravées qui ont porté l'agent au crime. La réclusion solitaire permet de proportionner l'action de la peine à la perversité de l'agent, d'en graduer les effets suivant les nuances du crime; elle a des remèdes pour toutes les moralités; elle varie, elle

Digitized by Google

s'aggrave, elle se tempère. Elle admet des visites utiles, des exhortations salutaires; elle n'exclut point le travail, mais elle n'exclut point aussi l'exercice de la pensée.

Telles sont, mais trop rapidement esquissées, les règles qui nous ont paru devoir dominer toute réforme pénitentiaire : en les exposant, nous ne nous sommes point écarté du livre de M. Moreau-Christophe ; car cet auteur annonce hautement dans ce premier volume l'intention de formuler avec netteté et précision un système complet de réforme; il était donc plus important d'examiner les bases que, suivant nous, doit prendre cette réforme. Nous ajouterons que les doctrines de notre auteur nous paraissent, en quelques points du moins, conformes aux nôtres. Toutefois s'il les laisse entrevoir dans quelques pages, il ne les a point encore formulées. Ce premier volume n'est qu'une appréciation exacte et pleine d'intérêt de l'état actuel des prisons de la France. Avant d'opérer une réforme, il faut, en effet, connaître à quels objets elle doit s'appliquer; avant d'élever une théorie, il faut se mettre en face des faits qu'elle doit régir.

M. Moreau-Christophe, qui, pendant cinq ans, fut inspecteur général des prisons de la Seine, a développé, avec autant de précision que d'énergie, les abus encore vivans dans nos grandes maisons de détention. Peut-être le lecteur reprochera-t-il quelquefois à son style une certaine couleur prétentieuse qui se révèle dans quelques passages, et qui ne semble point en harmonie avec un sujet sérieux et plein d'intérêt. Il n'avait qu'à laisser couler sa plume : les matières qu'il traite attachent trop vivement pour qu'elles aient besoin d'être ornées des artifices d'un style étudié. Au reste, cette tache, si toutefois c'en est une, ne sera remarquée que par les lecteurs qui, comme nous, se sont laissé entraîner à la narration vive et animée de l'auteur, et qui regretteront que quelques expressions trop recherchées soient venues çà et là distraire leurs émotions. En ré-

Digitized by Google

sultat, l'impression que laisse ce livre est la conviction profonde de la nécessité d'une prochaine réforme ; c'est donc avec une vive impatience que nous attendrons le second volume, où l'auteur doit exposer les principes organisateurs de cette réforme ; nous nous empresserons de le suivre de nouveau sur ce terrain, pour faire connaître son système s'il est conforme à notre théorie, pour le combattre s'il s'en éloigne.

FAUSTIN HÉLIE.

ACADÉMIE

DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES.

Les travaux de cette savante assemblée ont pris depuis quelques mois un grand développement. Des mémoires d'une haute portée y ont traité tour à tour des questions de philosophie, de statistique, d'histoire, d'économie politique et de législation. Chacune des lectures a toujours été suivie d'une discussion pleine d'intérêt.

Le mois dernier, un savant professeur que la France est glorieuse d'avoir adopté et de pouvoir compter au nombre de ses illustrations, M. Rossi, a communiqué à l'Académie un mémoire remarquable, sous le titre modeste de *Quelques observations sur les rapports de notre droit privé avec l'état actuel économique de la société.*

Dans ce beau travail, qui rentre complétement dans le cadre de notre Revue, l'auteur a ouvert un nouvel horizon aux méditations des jurisconsultes. Il s'est attaché à scruter nos lois, en prenant pour point de départ les sains principes de l'économie politique, tels que les progrès récens de cette science les ont élaborés. Le Code a été rédigé sous d'autres inspirations, à une époque où il s'agis-

Digitized by Google

sait plutôt de formuler les conquêtes du passé, que de préparer les améliorations de l'avenir; aussi plusieurs de ses dispositions sont-elles en désaccord avec l'état actuel de la société et peu en harmonie avec des idées déjà mûres. Quel plus beau sujet de recherches que celui d'indiquer le mal et le remède! quelle tâche plus glorieuse que celle de corriger les quelques défectuosités qui déparent le plus bel édifice des temps modernes!

Nous tâcherons de retracer ici les points principaux du mémoire de M. Rossi.

L'influence de nos Codes, en particulier celle du Code civil, ne s'est pas bornée à la France; le cours des événemens l'a poussé en Italie, en Suisse, en Allemagne, en Pologne, et tandis qu'il eut une rénovation sociale pour berceau, il réagit à son tour comme une cause sur les nations étrangères, en y greffant le grand principe de l'*égalité civile*.

Mais, sans méconnaître les services immenses qu'a rendus cette œuvre du génie, l'observation découvre sans peine que, les idées ayant marché, la société se sent sous plusieurs rapports mal à l'aise dans les limites posées par nos lois, et ce désaccord est loin de ne constituer qu'un fait accidentel et passager.

Ce manque d'harmonie ne se révèle pas dans le droit des personnes, dans l'organisation de la famille. Sous ce rapport, le Code est toujours le symbole de la religion nouvelle que la France a eu mission de révéler au monde civilisé.

Le désaccord ne se manifeste que dans un ordre de faits pour ainsi dire subalternes, dans la partie qui traite des biens, des différentes modifications de la propriété, des manières dont on l'acquiert, dont on la transmet, dont on la garantit.

Pour justifier cette thèse, M. Rossi procède par des indications rapides à une sorte d'autopsie de notre corps de

Digitized by Google

lois ; sa pensée toujours nette, son expression précise éclairent ce champ si vaste d'aperçus nouveaux et lumineux.

Le sort actuel et l'avenir de la société dépendent de la formation et de la distribution des produits. Aussi toute bonne législation civile devra-t-elle reposer sur leur notion complète et leur classification rationnelle.

Ici M. Rossi examine la division des *fruits* en *naturels*, *industriels* et *civils* ; et cette classe de fruits, si importante aujourd'hui, produit du travail et des capitaux proprement dits, ce n'est qu'en faisant violence au texte de la loi qu'on la fera rentrer dans ses prévisions ! Encore serait-il difficile de leur appliquer les dispositions relatives à l'*acquisition des fruits*.

Au titre de l'usufruit, on impose l'obligation de rendre mêmes quantité, qualité et *valeur* de l'objet consommé, comme si la *valeur* ne se modifiait pas nécessairement au bout d'un certain temps dans un objet de mêmes quantité et qualité !

Lorsqu'il parle du *prêt*, le législateur, fidèle à de vieilles erreurs économiques, distingue soigneusement et soumet à des règles diverses le prêt fait en lingots et celui fait en argent monnayé.

A peine est-il besoin de rappeler les vices nombreux de notre système hypothécaire, qui gêne la circulation des immeubles, et enlève tout crédit aux propriétaires.

Que dirons-nous de nos lois sur la contrainte par corps, frappant en aveugles le malheur et la fraude, plus dures pour l'honnête débiteur qui cherche à se libérer, que ne l'est le Code pénal pour l'escroc et le voleur, protégés le plus souvent par le bien-heureux art. 463 ?

Heureusement l'association appliquée à la production de la richesse, l'association des capitaux et du travail, est aujourd'hui placée au premier rang des forces sociales. L'association industrielle agit comme puissance et comme correctif; elle multiplie les richesses et diminue en même

Digitized by Google

temps le nombre des prolétaires. Nos Codes sont presque muets sur les moyens de soulever avec sécurité ce levier si puissant ; l'*association* réclame à grands cris un travail législatif. Il lui faut une grande varieté de formes et de solides garanties, une généralisation hardie des faits industriels et une pondération savante des richesses diverses qui peuvent se trouver en conflit.

Au premier rang des associations se placent les *assurances*, et l'on ne trouve pas dans nos Codes une ligne qui les concerne, si l'on en excepte les assurances maritimes. Ce silence explique l'indifférence du public pour une institution aussi belle, aussi utile que les *assurances sur la vie.*

Si nous examinons successivement les *servitudes*, les *rapports en matière de succession* et la loi des *faillites* qu'on essaie de modifier en ce moment, et la *prescription* et le *contrat de louage*, nous nous convaincrons de plus en plus qu'il existe un certain défaut d'harmonie entre notre droit civil et l'état actuel de la société.

Et cependant nos Codes datent d'hier ; ils ont suivi et résumé une grande révolution, ils sont l'œuvre d'hommes éminens.

Faudra-t-il en conclure, avec une école célèbre, que toute *codification* est une entreprise téméraire, une intervention orgueilleuse du législateur, propre seulement à jeter une perturbation profonde dans le développement naturel du droit national ?

L'école *historique* se confine exclusivement dans la science, elle a le tort de ne pas se placer à la hauteur du point de vue social et politique. Au lieu de demander si un Code peut être un livre bien fait, la question est de savoir s'il n'était pas dans certains cas une œuvre nécessaire, une conséquence inévitable d'une grande crise nationale.

L'état social résulte de la combinaison de trois ordres de faits ; les faits moraux, les faits politiques, les faits économi-

Digitized by Google

que; quand ces éléments sont profondément altérés, le droit, expression de l'état social, réclame une réforme analogue, prompte, générale; c'est *la codification.*

Mais il n'arrive jamais que la révolution s'opère en même temps, avec la même intensité, dans les trois ordres de faits *sociaux*, *politiques* et *économiques*. La révolution économique prépare souvent la révolution sociale et politique; d'autres fois elle en est la conséquence.

De là les imperfections inévitables de la *codification.* Image fidèle d'abord de la société rajeunie, elle perd tous les jours un peu de cette parfaite ressemblance.

Ceux qui ont pu douter de l'opportunité du Code *Napoléon* (il est bien juste de l'appeler de ce nom), n'ont compris ni la France, ni l'époque, ni la portée de ce grand fait.

La révolution sociale était accomplie par la destruction des priviléges et l'établissement de l'égalité civile.

Appliquer l'égalité civile à tous les faits de la vie sociale, organiser puissamment l'unité nationale dans le système politique, réaliser en un mot ces deux grands principes, élaborés par un travail séculaire, tel était le but.

Qui ne voit que la *codification* en était le moyen indispensable, une nécessité sociale, une œuvre de haute politique?

Mais si à la promulgation du Code Napoléon la révolution sociale était accomplie, la révolution économique commençait à peine.

Un seul fait était acquis définitivement, l'affranchissement et la division de la propriété territoriale, fait immense par ses conséquences morales et politiques!

Sous le rapport économique, la petite propriété entraîne avec elle temporairement les inconvéniens de la petite culture, jusqu'à ce que l'esprit d'association ait résolu un

des problèmes les plus vastes, les plus profonds, l'application de la grande culture à la petite propriété.

Quoi qu'il en soit, lors de la rédaction du Code, la richesse immobiliaire écrasait sous son importance la richesse industrielle. Le crédit était inconnu, l'esprit d'association au berceau, et la science économique n'existait que pour un bien petit nombre.

Cet état de choses s'est grandement modifié.

Aujourd'hui nous sommes un pays essentiellement industriel et commerçant.

Sans doute c'est là une transformation qui n'est pas sans quelque danger, et pour la richesse nationale elle-même, et pour la moralité publique, et pour l'ordre politique. Qui ne connaît les oscillations violentes de la fortune mobilière ?

Mais le fait le plus grave, c'est la tendance du capital à se concentrer dans un petit nombre de mains, à y grandir démesurément et à détruire les petits capitaux incapables de lutter à armes égales, de travailler aux mêmes conditions. L'unique correctif à ce mal immense est dans les faits dont nos lois s'occupent si peu, les associations, les assurances, le mouvement facile des propriétés de toute nature.

Les faits se développent avec toute la rapidité de notre époque ; si la loi ne suit ce mouvement, elle deviendra bientôt un anachronisme. Nos Codes ont résumé la révolution sociale qui les avait précédés ; il faut qu'ils s'ouvrent à la révolution économique qui leur succède.

Ce mémoire a donné lieu à une discussion pleine d'intérêt au sein de l'Académie.

L'idée qui a semblé surtout avoir frappé les esprits, c'est la mise en action du principe de l'association sur la plus large échelle, comme contre-poids des grands capitaux accumulés entre quelques mains et l'application de la grande culture à la petite propriété, par suite du même système. Les uns, comme M. Ch. Dupin, ont nié cette tendance, attri-

Digitized by Google

huée à notre époque par M. Rossi, de réformer en quelque sorte une féodalité pécuniaire, en rendant de plus en plus difficile la lutte entre les grands capitaux accumulés en quelques mains et les petits capitaux possédés par les travailleurs. Loin de penser que l'industrie soit sur la pente d'engendrer des seigneuries financières d'un côté et le prolétariat de l'autre, M. Ch. Dupin croit que, là comme partout, il s'est formé un tiers-état, une classe moyenne, dont l'influence augmente chaque jour, et qui aspire incessamment dans son sein tout ce que les rangs inférieurs des industriels renferment de capacités distinguées, d'hommes voués à l'ordre et au travail. Il suffit, dit-il à cet égard, de consulter les cotes de nos impositions, de nos patentes, pour se convaincre de la vérité de cette assertion.

D'autres membres de l'Académie estiment au contraire que le mal signalé avec autant d'énergie par l'honorable professeur, n'est que trop réel, et qu'il importe de lui porter remède.

Le but que doit se proposer la société, c'est de diminuer autant que possible le nombre des prolétaires, puisque peut-être il n'est point donné à l'homme d'arriver à ce dernier degré de perfection, à ce point extrême où il n'y aurait plus trace de prolétariat.

Et comme d'un autre côté rien ne doit gêner la libre expansion de toutes les forces individuelles, il faut trouver un correctif au danger sérieux que présente la concentration de la richesse, qui agit comme un absorbant vis-à-vis des petits capitaux; ce correctif, c'est l'*association*, intelligente, sincère, protégée par une bonne loi, contre les déceptions, les irrégularités de toute sorte, qui chaque jour lui aliènent la confiance publique.

Quant à ce qui concerne l'agriculture, on ne saurait nier que le grand principe d'équité inscrit dans nos Codes, l'égalité des partages, ne doive porter des fruits bien amers, si, en présence d'un fait si vaste, si fécond, on jette l'ancre sur les institutions du passé, et l'on prétend plier des

Digitized by Google

rapports nouveaux, nombreux, vivaces, sous le niveau de fer d'anciens usages, d'anciennes habitudes.

Le sol va se morcelant sans cesse, et sa culture, qui d'abord a pu paraître s'améliorer, alors que la terre, sollicitée par l'intérêt personnel du travailleur, substitué aux vagues essais des possesseurs de grands domaines, vit relativement accroître ses produits, la culture, disons-nous, ne peut que dépérir, que retomber dans l'enfance, si l'amour si naturel du coin de terre échu en partage s'égare au point de vouloir se fier à un soin individuel, à une exploitation fractionnée. Quand de vastes domaines cédèrent la place à des fermes, l'avantage momentané qui en résulta put faire fermer les yeux sur les dangers de l'avenir; mais aujourd'hui, que nous voyons bien de fermes se transformer en des centaines de parcelles de terrain, qu'un pareil sort menace toutes les autres, car rien n'est plus facile que de fractionner le sol, et rien de plus difficile que de réunir ensuite ses membres épars, il faut, tout en conservant avec respect et reconnaissance le principe d'égalité inscrit dans notre Code, chercher un nouveau mode d'organisation pour un mode nouveau de propriété. Il ne faut pas empêcher tous les progrès de culture, se laisser vaincre par les produits étrangers; car, quoi qu'on fasse, toujours les idées d'amélioration se resserrent avec l'étendue de la matière à laquelle elles doivent s'appliquer. Et maintenant que les conquêtes du génie affranchissent en grande partie le genre humain, au moyen des machines, de ses rudes travaux matériels, ce besoin se fait sentir plus que jamais. Les machines agissent nécessairement sur une large échelle et ne peuvent s'appliquer qu'à de grandes exploitations; si l'on méconnaissait les besoins impatiens de l'époque, si bien signalés par M. Rossi, au lieu de participer aux bienfaits que promettent tant de nobles, tant de grandes découvertes, on risquerait d'abdiquer les moyens encore bien incomplets que possèdent nos agriculteurs pour féconder une terre ingrate; le service des animaux domestiques de-

Digitized by Google

vrait être remplacé par celui de l'homme, la charrue par la bêche.

Heureusement que Dieu a mis dans le sein de l'homme le sentiment instinctif qui le guide dans les voies nouvelles avant que la voix de la science se soit fait entendre. Ici comme en toute chose, le législateur est plutôt appelé à protéger un mouvement naturel, à le régler, qu'à le solliciter, à le créer. Qui ne sait combien dans ces dernières années l'esprit d'association a pris d'essor, combien, malgré bien de mécomptes, dus en grande partie aux vices de la loi, à ses lacunes, il tend à pousser chez nous de profondes racines? Son application à la culture de la terre a besoin d'une abstraction qui le rend moins saisissable à tous. Il y a là un frottement journalier d'intérêts qui multiplie les écueils, et cependant de simples laboureurs l'ont pressenti, deviné, mis en usage.

M. Guizot a cité le comté de Northumberland, en Angleterre, où la propriété est extrêmement divisée; dans plusieurs cantons il est des hommes dont toute l'industrie consiste à réunir les petites parcelles des divers propriétaires, pour une exploitation commune, dont ils deviennent les gérans. Ensuite ils répartissent proportionnellement entre les ayant-droit le revenu qu'ils sont parvenus à produire, en retenant pour eux un certain intérêt comme rémunération de leurs soins.

Quelque chose d'analogue a lieu en France, et cela dans une des contrées qui passent pour avoir le moins profité des bienfaits de la civilisation, dans le Jura. MM. Rossi et Jouffroy ont donné des détails pleins d'intérêt sur les associations nommées *fruitières*, qui y existent depuis longues années. La principale industrie de ce pays consiste dans la fabrication du fromage; les habitans, au lieu de convertir en cette denrée, chacun à part, le produit de leurs bestiaux, versent chaque jour dans un établissement commun la quantité de lait que leurs vaches leur ont donnée: ce lait, au moyen d'une exploitation en grand, se change en fro-

Digitized by Google

mages, qui sont ensuite répartis entre les membres de l'association au *prorata* de ce que chacun d'eux en a fourni. Ce qu'il y a de plus étonnant, c'est que les habitans, d'ailleurs fort processifs, ne se souviennent pas d'avoir vu des débats naître à l'occasion de cette mise en œuvre du grand principe que doit féconder l'avenir.

Dans d'autres parties du Jura on a déjà essayé d'appliquer la grande culture dans des villages où les parcelles de terrain sont fort nombreuses, et l'on pense que sous peu ce projet sera réalisé. Là c'est une espèce d'assurance mutuelle dont on cherche à se concilier les avantages. Il paraît que les terres basses ou élevées qui se partagent la superficie, sont, tantôt les unes et tantôt les autres, frappées de stérilité, suivant que l'année est chaude ou froide, sèche ou humide. Ces variations occasionent de grands désastres pour les pauvres propriétaires qui n'ont pas assez de prévoyance pour garder par devers eux les produits des bonnes années afin de compenser les déchets des années mauvaises. Si, comme on essaie de le faire, les diverses parcelles se trouvaient réunies dans une exploitation commune, la compensation s'établirait naturellement, constamment, sans secousse.

M. Rossi doit faire encore une seconde lecture de son beau travail, destiné à prendre place dans les Mémoires que l'Académie des sciences morales et politiques doit publier chaque année. Nous ne manquerons de revenir alors sur les problèmes si graves que remue chacune de ses lignes.

L'Académie a entendu le mois dernier un opuscule plein de grâce et d'intérêt du savant et respectable M. *Berriat-Saint-Prix*, professeur de procédure civile à la Faculté de droit de Paris. Il est intitulé : *Une visite de Napoléon à la Faculté de Grenoble*. Nous y reviendrons.

L. Wolowski,
directeur de la Revue.

Digitized by Google

Bulletin bibliographique.

De la prostitution dans la ville de Paris considérée sous le rapport de l'hygiène publique, de la morale et de l'administration; ouvrage appuyé de documens statistiques puisés dans les archives de la préfecture de police, avec cartes et tableaux; par *A. J. B. Parent Duchâtelet*, membre du Conseil de salubrité de la ville de Paris, de l'Académie royale de médecine, de la Légion-d'Honneur, médecin de l'hôpital de la Pitié (1).

Cet ouvrage, dont le sujet et le titre semblaient devoir soulever des préventions fâcheuses, a été accueilli au contraire, dès son apparition, avec une telle faveur, que la seconde édition, qui, dans le cours d'une même année, vient de succéder à la première, suffira sans doute à peine pour alimenter la curiosité publique; tant il est vrai que le but sanctifie l'œuvre, et que l'homme moral ne peut toucher à rien d'immonde sans le purifier aussitôt.

M. Parent Duchâtelet, que la mort nous a cruellement ravi à l'âge de 45 ans, était un de ces hommes d'élite qui à un amour ardent pour la science et pour l'humanité, joignent un sentiment profond de la dignité de notre être: aussi quand ceux qui se scandalisaient de le voir se livrer à de pareilles recherches tentaient de le détourner de son projet, il répondait en homme qui a la conscience du bien qu'il pressent devoir opérer: « Si de respectables dames qui, par leur naissance et leur position sociale, appartiennent à tout ce que nous avons de plus élevé, ne croient pas déroger en venant, de temps en temps, au milieu des prostituées pour les instruire et les éclairer dans les prisons et dans les infirmeries, que dois-je craindre, moi, simple particulier, en imitant leur conduite et en tâchant d'arriver au même but, bien que je suive une route qui n'est pas tout-à-fait la même? »

C'est pourquoi, fort de la pureté de ses principes et de la sévérité de ses mœurs, il n'a cessé, pendant huit années, de vivre au milieu de ce que la société a de plus abject, et il est venu ensuite tout nous raconter sans rougir. Sublime dévouement! et qu'on ne peut comprendre qu'en lisant attentivement l'ouvrage où cet auteur si consciencieux a consigné et mis en ordre les faits et les documens nombreux enfouis depuis des siècles dans les registres et les cartons de la police, et ceux non moins curieux, non moins importans et utiles qu'il a lui-même laborieusement recueillis.

Indépendamment des statistiques intéressantes, des détails historiques qu'on rencontre à chaque page dans l'œuvre de M. Parent, il est une portion de cet ouvrage qui a spécialement appelé notre attention, et qui sans doute lui fera trouver place dans la bibliothèque de tout jurisconsulte. Nous voulons parler du chapitre où l'auteur développe, avec sa méthode et sa précision accoutumées, la législation des filles publiques et tout ce qui a trait à la légalité des mesures adoptées en différens temps contre les désordres qui résultent de la prostitution.

Quiconque lira cette partie importante de l'ouvrage de M. Parent, sera étonné de voir la critique profonde et sage de cet homme sur des matières étrangères à sa profession et à ses études spéciales.

C'est au reste aujourd'hui le seul ouvrage à notre connaissance qui présente d'une manière bien complète l'ensemble de la législation ancienne et nouvelle sur les prostituées, et ce seul titre doit le recommander à l'attention du barreau et de la magistrature.

(1) Chez J.-B. Baillière, libraire de l'Académie royale de médecine, rue de l'Ecole de Médecine, 13 bis; à Londres, même maison, 219 Régent-Street.

Digitized by Google

ORIGINES DU DROIT FRANÇAIS

Cherchées dans les symboles et formules du droit universel, par M. MICHELET (1).

L'ouvrage que M. Michelet vient de publier sur les origines du droit français, n'est pas seulement un monument d'immense érudition, dont Laurière et Ducange pour la France, dont J. Grimm, le Ducange du Nord, pour les antiquités du droit germanique, ont fourni les précieux matériaux; ce livre est aussi un monument de science et de puissante originalité : c'est la philosophie qui s'applique à l'histoire universelle du droit et qui commence ses applications par une science nouvelle que Vico avait seulement entrevue comme une possibilité, LA SYMBOLIQUE DU DROIT. Un savant de l'Allemagne, Greuzer, a fait la symbolique des religions : il a cherché le sentiment humain, la pensée religieuse de l'homme à travers les formes des cultes successifs qui se sont répandus sur la terre. En France, Benjamin-Constant s'était proposé le même but dans son livre sur les sources, les formes et les progrès du sentiment religieux. Mais la science contemporaine n'avait pas cherché encore les symboles sous lesquels se produisait et se cachait tout à la fois le droit civil au berceau des nations, les transformations que les symboles subissaient par les formules, selon les différens âges historiques, et enfin la pensée nationale qui pouvait subsister derrière ces voiles symboliques des premiers âges. Vico avait dit, avec la divination du génie, et avant toute démonstration, que l'ancienne jurisprudence fut toute poétique, que le droit romain, dans ses

(1) Chez L. Hachette.

Digitized by Google

premiers âges, fut un poème sérieux. Jacob Grimm, dans son magnifique recueil des formules empruntées à toutes les jurisprudences, à tous les idiomes de l'Allemagne et du Nord, a rendu possible la science entrevue par Vico, et M. Michelet l'a créée. On peut le dire ici, car c'est un hommage rendu à la France. D'après le propre témoignage de l'illustre Grimm, M. Michelet a compris ses livres mieux que l'Allemagne elle-même; *il a déterminé ce qui flottait dans son âme et dans sa pensée*. C'est bien là le caractère de l'esprit français; il *détermine*, il inonde de sa clarté ce que la pensée de l'Allemagne, dans ses profondes investigations, a pressenti, a même embrassé, mais à travers des ombres qu'elle ne peut écarter. L'horison du monde intellectuel semble ne se découvrir aux regards de l'Allemagne que sous la forme indécise de la vapeur matinale; le génie français est le rayon de lumière qui dissipe les couches de nuages étendues sur cette nature encore obscurcie, mais féconde. Ainsi Nieburh a retrouvé un monde perdu pour l'histoire romaine; il l'a enfanté à la science du dix-neuvième siècle: et la France, en profitant de la création de l'homme du Nord, a fait évanouir à sa clarté tout ce que le géni germanique avait mis de doutes, d'erreurs, de sublimes témérités au dessus des faits essentiels et de la création véritable. Ce don de lumière que possède M. Michelet et qu'il a épanché successivement sur l'histoire de Rome et sur l'histoire nationale, il vient d'en faire encore à la symbolique du droit universel une application d'une haute importance pour la philosophie de l'histoire et du droit. Bien des systèmes hasardés, bien des erreurs que l'on bâtit avec de grands frais d'érudition, disparaîtront devant cette revue générale des origines du droit dans l'Inde, dans Rome, dans l'Allemagne, dans la France.

Il y a deux choses dans l'ouvrage de M. Michelet: 1° la recherche des faits, des traditions, des symboles relatifs à la vie civile de tous les peuples historiques de l'Orient et de

Digitized by Google

l'Occident ; 2° la pensée philosophique qui se dégage des symboles et des formules ; ce dernier point de vue sert d'introduction au livre ; mais, en réalité, ce n'est qu'un résultat, et dans ce compte-rendu nous le réservons pour la fin, car ici la philosophie de l'histoire ne peut être que la conclusion tirée des faits observés.

La recherche universelle des symboles et des formules du droit civil fait le corps de l'ouvrage. C'est là que se trouvent rassemblés tout ce que la patience la plus infatigable et la connaissance des langues étrangères pouvaient recueillir et ranger sous une grande et simple divisions 1° la famille ; 2° la propriété ; 3° l'état ; 4° la guerre, la procédure et la pénalité ; 5° la vieillesse de l'homme et la sépulture, ce qui comprend la division de l'ouvrage en cinq livres. C'est, selon l'expression de l'auteur, *la biographie juridique de l'homme*, depuis sa naissance jusqu'à sa mort, étudiée et manifestée dans les âges symboliques ou primitifs. Nous ne pouvons entreprendre de suivre l'auteur dans toutes ses divisions : un ouvrage comme le sien, qui se compose de textes précieux et pour la plupart inconnus de la France, empruntés à toutes les sources, à toutes les langues et revêtus des clartés d'une traduction toujours fidèle et transparente au milieu des mille difficultés qui l'entouraient, un tel ouvrage ne peut être condensé dans les limites d'un résumé. Mais, pour en donner du moins une faible idée, nous indiquerons quelques points de vue sur des sujets qui font le fond de toutes les législations civiles, l'enfant, la femme, le mariage, la propriété ; on nous pardonnera d'y joindre, de temps en temps, nos observations personnelles.

L'Inde assiste avec joie à la naissance de l'enfant : « Avant » que l'enfant mâle soit détaché du sein maternel (disent » les lois de Manou), on lui fera goûter du miel, du beurre » clarifié et de l'or, en récitant les paroles sacrées. » Le père le nomme dans un jour lunaire propice, au moment favo-

Digitized by Google

rable et sous une heureuse étoile. « Le nom de la femme » doit être facile à dire, doux, clair, agréable et propice comme *une parole de bénédiction.* » Dans l'Inde, la naissance est un bienfait de la nature. Cette région primitive, cette mère des hommes et du langage humain, a un amour ineffable pour l'enfant et la femme, image de la fécondité : « Ne frappez pas une femme, eût-elle fait cent fautes, *pas* » *même avec une fleur* »; c'est une loi du Digeste indien. « Une mère est plus que mille pères, car elle porte et » nourrit l'enfant dans son sein; voilà pourquoi la mère est » très-vénérable... Si la terre est adorée, une mère n'est-» elle pas plus digne encore de vénération ?» La femme est reconnue expressément comme la moitié de l'homme : « Celui qui laisse sa femme vivante se survit d'une moitié... » La femme qui à la mort de son mari monte avec lui au bû-» cher, est exaltée au ciel. Si le mari meurt dans une autre » contrée, que la veuve fidèle mette ses sandales sur sa poi-» trine, et pure entre dans le feu. » Le père ne doit pas recevoir le moindre présent en mariant sa fille. Voilà le beau côté du symbole indien; mais il est bientôt souillé par l'idée de la fécondation. La loi impose au frère de donner une postérité à son frère dont la femme a été stérile, et elle entoure de formes sombres et religieuses cet outrage à la pudeur (1). L'esprit de caste détermine les symboles du mariage. « La fille du guerrier qui épouse un brahmane, » tiendra une flèche, à laquelle le mari portera la main; » la fille du marchand qui épouse un brahmane ou un guer-» rier, tiendra un aiguillon; la fille du soudra, le bord du » manteau quand elle épouse un homme des trois classes » supérieures (2). »

Dans l'Occident, le nouveau-né est mis aux pieds du père, qui peut l'abandonner ou le relever. C'est le père qui, dans les symboles grec et romain, est le maître du

(1) Orig., p. 51.
(2) Manou, Orig., 16.

Digitized by Google

destin de l'enfant; et seulement, comme le père a rarement la cruauté de le tuer, l'enfant est exposé; l'exposition est un droit; les élémens, quelquefois moins rigoureux que l'homme, sauvent ce que l'homme a rejeté. Les nations, dans le second âge, l'âge héroïque ou guerrier, n'estiment guère que la force; elles considèrent l'enfant et la femme comme une chose qui peut se vendre et s'acheter. Le père, à Rome, peut vendre son fils avec les formes de la *mancipation*, et il peut le faire sortir de sa puissance par trois ventes simulées qui constituent l'*émancipation*. L'une des formes habituelles du mariage est le mariage par l'achat, *coemptione*. Le signe de la force doit s'imprimer de suite dans la mémoire de la jeune mariée, et l'époux lui partage les cheveux sur le front avec le fer d'un javelot. Mais Rome connaissait aussi le mariage sacerdotal, qui avait de l'analogie avec le mariage indien: le grand pontife ou le prêtre de Jupiter, en présence de dix témoins, consacrait le mariage par la confarréation. Un gâteau de fleur de farine, de sel et d'eau était le symbole de l'union nouvelle; la fleur de farine pour représenter la candeur de la jeune fille, le sel la sagesse du prêtre qui s'unissait à elle, et l'eau l'union pure de la sagesse et de la beauté. On enlevait la jeune fille des bras de sa mère; elle franchissait le seuil conjugal pour éviter, en le touchant, quelque mauvais présage. Elle apportait dans la maison de son mari le fuseau et la quenouille, signes de son infériorité domestique. Le symbole du gâteau sacré n'était point une image d'égalité, de *communauté*, comme semble le dire M. Michelet (1); car la femme mariée par la confarréation tombait, comme les autres épouses, sous la puissance du mari (*in manu mariti*, selon l'expression de Gaïus). Si le mari mourait *ab intestat* et sans enfans, elle héritait comme sa fille; s'il avait des enfans, elle avait une portion de succession comme l'un d'eux. Mais le privilége de la confarréa-

(1) Orig., p. 47.

Digitized by Google

tion associait l'épouse du flamine de Jupiter à la plupart des sacrifices, et le mari ne pouvait la répudier (1) : c'est là que se reflétait l'image du mariage indien. La traduction orientale *des deux moitiés* qui n'ont fait qu'*un tout* dans un monde antérieur et qui veulent se réunir ici bas pour recomposer l'unité humaine, s'est affaiblie et comme effacée dans les symboles de l'Occident; il n'y en a de trace visible, comme le dit M. Michelet, que dans la fable ingénieuse du Banquet de Platon.

Rome a reconnu la force libre de l'homme; elle l'a arraché au principe indien, à la domination de la nature; elle l'a distingué de tout ce qui l'entoure, même de la femme. Si la matrone romaine occupe une place plus élevée que la femme d'Athènes, elle n'est pas cependant l'égale de l'homme. La tutelle perpétuelle à laquelle elle est soumise dépose de sa perpétuelle infériorité. Faiblesse et mépris de l'enfance, faiblesse et infériorité de la femme, tel est le sens des symboles grecs et romains. Ce n'est plus cet amour maternel de la nature orientale pour la femme et l'enfant, qui prodigue dans les symboles le miel, l'or, les douces et caressantes dénominations : l'homme, libre enfin des liens primitifs de l'âge *divin* ou sacerdotal, s'est posé sur le premier plan, comme un guerrier, comme un héros; et le fier plébéien va bientôt lutter aussi pour s'affranchir de la domination du patriciat sacerdotal et guerrier.

Mais détournez les yeux de l'Italie, où s'accomplissent de si grands destins, franchissez les siècles et les distances, allez dans le Nord, sur les bords du sombre Océan, et écoutez cette admirable formule des lois de la Frise, contrée qui représente le mieux la Germanie primitive. « Il est » trois cas de nécessité suprême où la mère peut vendre le » bien de l'enfant pour lui sauver la vie. La première néces- » sité, c'est quand l'enfant est captif au nord sur la mer, » ou au midi sur les montagnes. La seconde nécessité, c'est

(1) Orig., p. 20.

Digitized by Google

» quand l'année est chère, que la famine chauffe fort et » qu'elle va par le pays, et que l'enfant affamé veut » mourir; la mère alors doit placer et vendre le bien » de l'enfant, acheter à son petit, vache, œufs et grain, » afin qu'il vive. La dernière nécessité c'est quand l'en- » fant est nu comme ver, qu'il est sans asile et qu'ar- » rivent le noir brouillard et le froid hiver; tout le » monde rentre dans la ferme et dans la maison; chacun » se tient chaud au poêle, et la bête sauvage cherche l'ar- » bre creux, l'antre des montagnes pour mettre son corps » à l'abri; l'enfant d'un an crie et pleure, comme pour » dire le dénûment de sa maison, et que son père, qui l'eût » préservé de la faim, du froid et du brouillard, est entre » quatre clous profondément clos et couvert sous la terre » et sous le chêne: alors la mère peut bien engager et ven- » dre le patrimoine de l'enfant. (1)»

Ainsi la loi du Nord, qui invite les Frisons, dans une rude poésie, à lutter contre la nature, s'inquiète et s'associe aux sollicitudes maternelles sur le sort de l'enfant privé de son père, livré à l'âpreté du climat; de plus, quand la coutume germanique se demande quelle est la mesure du plus petit bien, elle répond : *celle du berceau d'un enfant et du petit escabeau pour la fille qui le berce.* Voilà donc l'enfance protégée par l'esprit des formules; et l'idée de la propriété, au lieu d'envelopper, comme en Italie, l'existence même, le corps de l'enfant, se rattache à son berceau. Symbole admirable et plein d'avenir! L'enfant de la Germanie n'aura pas besoin d'être vendu trois fois pour être émancipé; élément personnel de la famille, de la tribu, il s'appartiendra; et sa sauvage indépendance ira un jour protester dans le monde romain, contre la soumission de l'homme qui a cessé alors, à la vérité, d'être *une chose*, mais qui peut être père et sexagénaire sans être encore affranchi de la puissance paternelle, sans s'appar-

(1) Extrait de J. Grimm, Orig. 5.

Digitized by Google

tenir entièrement à lui-même. De tels symboles et formules disent tout par leur différence : là se trouvent les germes de deux civilisations qui ne pourraient s'unir qu'en se modifiant l'une par l'autre. Mais s'il y a différence, qu'on le remarque bien, il n'y a pas incompatibilité. La nature libre de l'homme était reconnue dans ces deux sociétés : à Rome, l'homme était libre et *sui juris* dans le père de famille seulement ; au sein des forêts de la Germanie, le fils était libre aussi : l'unité de l'homme social se complétera un jour par le mélange des mœurs, la fusion des peuples, sous l'influence spirituelle du christianisme.

Dans les antiquités du droit germanique, la femme était la compagne de son mari ; mais son infériorité cependant était exprimée par les symboles : « Dans la Frise, lorsque » la noce revenait à la maison conjugale, un jeune homme » marchant devant le futur, portait une épée nue à la main. » Quand l'épousée arrivait à sa nouvelle demeure, un des » proches de l'époux jetait devant le seuil un balai, par des» sus lequel la jeune épouse passait et qui devait écarter les » mauvais présages et les maléfices. Au moment où elle » franchissait le seuil, un autre parent de l'époux mettait » une épée nue en travers de sa porte pour en fermer l'en» trée à la mariée ; elle tâchait de pénétrer de force, mais » la maison ne lui en était ouverte que lorsqu'elle en avait » acheté l'entrée par un petit présent ; on l'avertissait aussi » qu'elle devait conserver sa chasteté sous peine d'être frap» pée par son époux de ce même glaive sous lequel elle avait » passé. » Les Frisons appelaient ce glaive l'épée des noces (1). Tacite, mœurs des Germains : « Ce n'est pas la » femme, c'est le mari qui apporte la dot. Le père et la » mère, les parens assistent et agréent les présens. Ces pré» sens ne sont pas des frivolités pour charmer les femmes ni » des parures de mariée. Ce sont des bœufs, un cheval tout » bridé, un bouclier avec la framée et le glaive. Pour ces

(1) Grimm, Orig., 31.

Digitized by Google

» dons, on reçoit l'épouse. Elle, de son côté, apporte quel-
» que arme à son mari. Ce sont leurs sacrés liens, leurs
» mystérieux symboles, leurs dieux d'hyménée. Qu'ainsi la
» femme ne se croie pas hors des pensées héroïques, hors
» des hasards de la guerre; les auspices de l'hymen le lui
» disent déjà; elle vient comme compagne des travaux, des
» périls; sa loi, en paix comme au combat, c'est d'oser et
» souffrir comme lui. Voilà ce que lui dénoncent l'attelage
» de bœufs, le cheval préparé et les armes. Ainsi il lui
» faudra vivre, ainsi mourir. (1) » Dans le Nord, la fiancée était consacrée par le marteau de Thor, le dieu de la guerre.

Mais si la femme est indiquée par le symbole de l'attelage et du bouclier comme compagne des travaux de la paix et de la guerre, elle est toutefois, à l'égard du mari et dans sa propre famille, considérée comme inférieure à l'homme, image de la force. Les clefs suspendues à sa ceinture, la quenouille et le fuseau, sont l'emblème d'une vie passée dans une sorte de servitude domestique. De notre temps encore, dans les campagnes, la femme qui, le jour, conduit les bœufs pour les travaux des champs et qui, le soir, près du foyer, tourne l'agile fuseau, sert le repas de son mari avec déférence; et si quelque hôte vient s'asseoir à la table du paysan, la femme sert les convives et ne prend son repas qu'après eux (2).

Dans les coutumes allemandes, le mari peut battre sa femme; le mari qui bat sa femme avec les verges et le bâton ne viole pas la paix du ménage (3). Les maris battus par leurs femmes sont voués à la risée publique : *ils seront contraints à chevauchier un âne le visage par devers la queue dudit âne* (4). Les lois barbares, comme on le sait, reconnais-

(1) Tacit. germ., cap. 18; Orig. 29.

(2) C'est un usage observé notamment dans les campagnes de l'Angoumois.

(3) Orig. 48.

(4) Cout. de Senlis de 1375; c'est un usage observé encore dans beaucoup de localités.

Digitized by Google

saient dans les successions l'infériorité sociale de la femme ; elles les excluaient de l'héritage paternel ou du moins de la terre salique.

C'est ce monde germanique où l'enfant naît pour l'indépendance, où la femme, quoiqu'à l'état d'infériorité, est non la chose ou la fille de son mari, mais sa compagne en temps de paix et de guerre, qui, faisant irruption dans la province romaine des Gaules, y répandra sa force, son esprit d'indépendance, sa nature vierge, et s'y transformera un jour en nationalité pleine d'énergie pour l'empire du christianisme, du droit romain et du génie d'action naturel à la France. Aussi M. Michelet ne cherche-t-il pas quels pouvaient être les symboles du droit civil chez les peuples celtiques : « Il nous reste, dit l'auteur, de si faibles débris » du droit celtique, qu'il est impossible de déterminer ce » que le droit français en a conservé. » Les débris qui nous en restent sont dans les lois galloises, et l'historien les a recueillies, mais sans avoir l'intention de leur donner une apparence d'ensemble. Nos origines du droit français où sont-elles donc? Question grave, sur le terrain de laquelle se rencontrera souvent la polémique du Nord et du Midi. Notre droit actuel a certainement son caractère propre ; mais si nous remontons à l'époque qui a suivi le monde celtique, à celle ou les monumens commencent pour nous, où les races envahissantes se mêlent aux peuples voisins de la Gaule, soumise à la langue et au droit des Romains, qu'y voyons-nous? Trouvons-nous dans les forêts et dans les villes de la vieille conquête de César cette ample moisson de symboles que nous offrent l'Inde, et Rome et l'Allemagne dans leur âge primitif? Non ; cette poésie qui s'est épanouie si richement sous le soleil de l'Orient et de l'Italie, et même sous le froid climat de la Germanie, elle meurt sur le sol de la France. Quelques rares formules sont déposées dans les lois salique et ripuaire rédigées en latin après l'invasion ; elles se dessèchent bientôt d'elles-mêmes,

Digitized by Google

sauf l'exclusion de la loi salique, qui dans quelques contrées écarte la fille de l'héritage du père, et qui éloigne à jamais du front de la femme la couronne de France. C'est l'Église qui enveloppe dans ses symboles et ses formules ce mélange de races, cette grande lutte de nature barbare et civilisée; elle a dans ses rituels de magnifiques paroles pour le baptême et le mariage; M. Michelet les a remises en lumière, et, dans ce genre, rien n'est beau comme la formule de mariage tirée des manuscrits de Reims, de Rennes et d'Arles (1). C'est la vie spirituelle et la pureté chrétienne qui jaillissent dans ces nouveaux symboles; l'union de Jésus-Christ avec son Église est le type de l'union des époux. Si donc nous cherchons l'âge symbolique de notre droit, nous le trouvons d'abord au milieu des cérémonies du culte catholique, dont les rituels variaient selon les diverses contrées de la France; et quand l'Eglise étend de plus en plus ses règles à la société civile, c'est le droit romain de l'empire qu'elle fait passer dans les règles générales du droit canonique et dans la rédaction des capitulaires écrits par les évêques de la seconde race. Puis, vient la féodalité; de l'état politique elle descend dans l'état civil; elle impose des formules qui rattachent la condition de l'homme à la condition de la terre; et lorsqu'au douzième siècle la France se réveille au grand mouvement de l'émancipation des communes, des croisades et à la renaissance du droit romain, elle se trouve partagée, pour les personnes, entre les nobles et les roturiers naguère serfs et concessionnaires des seigneurs; pour les possessions, entre les terres nobles et roturières naguère cultivées par des communautés de serfs attachés à la glèbe. Mais ni à l'époque de l'invasion des Francs, qui formaient une association sans caractère d'unité de race, ni à l'époque des croisades et de l'émancipation des communes, on ne retrouve ces symboles d'un

(1) Orig., p. 38.

Digitized by Google

peuple primitif, cette poésie de forme et d'institution qui révèle une nature jeune et originale. La Gaule envahie avait passé l'âge des symboles ; le droit romain de l'empire, épuré par la philosophie stoïcienne, avait dominé comme la langue latine. Des couches diverses de législations et de mœurs se sont répandues sur le sol français, mais elles n'y ont pas été déposées avec la régularité des couches du globe. Tous les élémens anciens et nouveaux se sont mêlés dans une grande confusion, et ce qui a fini par dominer, ce sont les institutions féodales et coutumières qui répondaient à la distinction des nobles et des roturiers ou des *coutumiers*, comme les appellent plusieurs monumens du moyen-âge ; c'est le droit canonique, c'est la jurisprudence royale, c'est le droit romain. Que l'histoire, éclairée par la philosophie, recherche laborieusement quel est celui de ces élémens qui a exercé le plus d'influence ; là peuvent, en toute liberté, au profit de la science, s'entrechoquer les théories; mais du moins, après avoir médité le livre qui concentre en un seul trésor tous les trésors épars dans la France et l'Allemagne, on est obligé de dire, avec M. Michelet : « Nos lois barbares, saliques et ripuaires présen» tent un certain nombre de belles formules ; mais ces lois » sont bien moins françaises que germaniques. Les Capitu» laires ne présentent guère de formules ni de symboles. » Nos beaux livres de droit écrits en français au moyen-âge ne » sont rien moins que poétiques : sous l'apparente naïveté du » langage on sent partout la logique et l'esprit d'abstraction » des docteurs en droit romain ; ils présentent toutefois un » certain nombre de formules féodales (1)... Le symbolisme » féodal n'eut point en France la riche efflorescence poéti» que qui le caractérise en Allemagne. La France *est une* » *province romaine*, *une terre d'église* ; dans ses âges bar» bares, elle conserva toujours des habitudes logiques (2). »

(1) Introd., p. IV.
(2) *Idem*, p. CIX.

Digitized by Google

Nous avons choisi dans le Livre de la Famille les symboles relatifs à l'enfant et à la femme. Nous en avons marqué la différence et l'esprit dans les lois de l'Indostan, de Rome primitive, de l'Allemagne, de la France envahie, mais chrétienne. Jetons un coup d'œil rapide sur le Livre de la propriété; nous le signalons aux amis des études sérieuses comme celui qui renferme le plus de documens et de rapprochemens instructifs. L'occupation, dans les traditions indiennes, apparaît comme le résultat de la puissance d'un dieu traitant avec la nature. « Vichnou demande à l'océan » de lui donner tout le pays qui s'étend entre la montagne » et la place où tombera sa flèche; le Dieu de l'océan y » consent, et Vichnou gagne toute la côte de Malabar (1). » Le jet de la flèche et du bâton est le symbole de l'occupation à distance. « Trois jets de bâton, ou quatre cents cou- » dées, tel est l'espace qu'on doit laisser pour pâture autour » d'un village; trois fois autant autour d'une ville (2). »

Dans l'âge divin ou sacerdotal, la propriété n'est à l'origine qu'une concession de la nature à la puissance d'un dieu; ce n'est que dans les âges postérieurs, où l'homme se dégage de la domination de la nature, que la propriété a pour fondement la liberté et la volonté humaine, l'*appropriation* par le travail. Les lois de Manou s'occupent principalement des bestiaux et de leurs gardiens (3); l'occupation agricole, la propriété *humaine* de la terre n'existe qu'en germe incomplet dans les symboles indiens.

« L'idéal de la propriété, c'est l'*ager* étrusque et romain, » la terre mesurée par l'homme, bornée par les tombeaux, » orientée vers les points sacrés du ciel, le champ consa- » cré comme un temple. La propriété ici semble tout in- » dividuelle (4). »

(1) Orig., 74.
(2) Manou, Orig., *id.*
(3) Orig., 94.
(4) Introd., xxv.

Digitized by Google

M. Michelet est le premier historien français qui ait mis en saillie toute l'importance de l'ager : la propriété romaine et primitive est acquise aujourd'hui à la science avec les conséquences fécondes qui s'y rattachent pour expliquer d'abord le droit aristocratique de Rome, puis, l'un des caractères généraux du droit romain. Le droit aristocratique du patriciat repose sur l'ager ; l'exclusion de cette terre privilégiée réduit les plébéiens à ne vivre d'abord que sous le patronage des praticiens dont ils deviennent les cliens (*colentes*). Quand Rome étend ses possessions au loin et voit disparaître les limites de l'ager, elle n'admet les villes, les peuples, leurs territoires au droit de cité qu'en les incorporant au fonds primitif de la république, *si fundo facti sunt* ; le sol de l'Italie devient terre et propriété romaine, *res mancipi*, quand les peuples de l'Italie deviennent citoyens de Rome par l'appel de César. Le droit romain conserve constamment son caractère de droit fondé sur l'idée de propriété ; c'est une observation fondamentale dans l'ouvrage de M. Michelet : « Le droit romain est » surtout un DROIT RÉEL, un droit de la propriété ; c'est » comme tel qu'il se survit dans nos lois et règne encore sur » nous (1). »

Si le trait le plus original du droit civil de Rome, c'est l'ager, ou champ limité et orienté, celui du droit allemand, c'est la marche ou terre indivise qui appartient à la tribu, à la commune. L'auteur des origines en fait sortir le signe distinctif du droit germanique, opposé au droit romain, le caractère de *droit personnel* qui a joué un si grand rôle dans la France envahie, et jusqu'à la féodalité : « La mar- » che allemande est une propriété commune de la tribu (2). » Le nom de marche ou marque (*marca*, *signum*, *terminus*) » semble contraire à l'idée d'une propriété vague. Sans » doute la tendance de la commune qui revendique la mar-

(1 Introd., LXXIX.
(2) *Ibid.*, XXV.

Digitized by Google

» che est de marquer, de limiter cette propriété à l'égard
» des autres communes. Mais la nature de la marche répu-
» gne aux limitations précises. Dans ces vastes forêts de
» l'Allemagne, où l'écureuil, sautant d'arbre en arbre,
» pouvait courir sept milles sans descendre (Grimm), la
» marche, c'était la clairière. La forêt souvent était encore
» comptée dans la marche, ainsi que les rivières et ruisseaux,
» les pâturages ou prairies incultes, les animaux sauvages,
» les oiseaux, les abeilles. La marche est absorbante; tout
» ce qui n'est à personne est à elle. Rien de plus fier que ces
» rois de la bruyère, ces souverains de la prairie; ceux qui
» ayant *feu et fumée*, *arme et bien*, peuvent s'intituler
» *erfexen*, c'est-à dire haches héréditaires, hommes qui
» par droit de naissance peuvent porter la hache dans la
» forêt (1). » C'est la liberté de la forêt qui respire dans la marche, c'est l'indépendance individuelle, et nous dirons avec l'auteur: « La marche, c'est l'Allemagne, comme
» l'ager est l'Italie... Le *droit personnel*, non plus captif
» dans la cité, comme en Grèce, mais libre comme l'oiseau
» des forêts, s'est développé dans le monde germanique....
» La marche, propriété indivise, a été moins importante
» comme propriété que comme théâtre du *droit person-*
» *nel*..... Ces landes sont un tribunal; c'est le berceau
» de toutes les grandes institutions germaniques, peut-être
» celui du jury (2). »

En France, la propriété sous les rois des deux premières races se divise en biens libres ou alleux et en bénéfices militaires, *aut super proprietate aut super fisco*, disent les formules de Marculfe (3). C'est l'époque de la simultanéité des lois barbares et du droit romain. Le *droit personnel* des barbares et le *droit réel* des Romains sont en présence: mais quand la féodalité s'empare des choses et des per-

(1) Orig., 86, et intr. passim.
(2) Introd., LXXX et passim.
(3) J. Bignon sur Marculfe, liv. I, chap. 2.

Digitized by Google

sonnes, et de la société politique et civile, elle absorbe à son profit le caractère de *droit réel*; les coutumes portent profondément cette empreinte; la réalité partout domine la personnalité; c'est le caractère qui se développe au sortir de la féodalité absolue: les coutumes sont essentiellement réelles; le statut réel attire à lui le statut personnel toutes les fois qu'il s'agit de la transmission de la terre. Toutefois une distinction est ici fondamentale, et nous la faisons avant que l'auteur ait eu occasion de s'expliquer à cet égard. Le droit réel des Romains, comme droit de la propriété, n'a pas ce caractère de domination matérielle qui se trouve dans les coutumes; il règle les rapports de la propriété avec l'homme sur les principes de la justice; il n'asservit pas l'homme à la propriété. Le droit féodal et le droit coutumier, qui se pénètre de son esprit, identifient la condition de l'homme et la condition de la terre, et l'on ne doit pas confondre la *réalité* du droit romain et la *réalité* du droit coutumier. Sous l'empire de la première, la propriété est libre, allodiale; sous l'empire de la seconde, la propriété est féodale et censuelle, noble et roturière, propre ou acquêt, et en tout soumise dans sa transmission à la coutume locale et non aux principes généraux du droit. Sous l'empire de la première, s'établit, malgré la féodalité, dans les provinces méridionales, la maxime *nul seigneur sans titre*; sous l'empire de la seconde, la maxime *nulle terre sans seigneur*, est dominante dans les provinces du Nord. La *réalité*, dans l'une des sphères, c'est le droit de propriété; la *réalité* dans l'autre, c'est la servitude féodale, c'est le *droit humain* de Boutellier imprimé à la propriété. « La » terre est tout dans le système féodal, dit l'auteur des Ori» gines, l'homme y est attaché; il a pris racine dans le ro» cher où s'élève sa tour. Nulle terre sans seigneur, nul » seigneur sans terre. Il est classé, qualifié par sa terre; il en » suit le rang, il en porte le nom; IL LA POSSÈDE, MAIS IL EN » EST POSSÉDÉ. » Ces dernières expressions renferment le

Digitized by Google

germe de la distinction que nous avons établie: dans la réalité du droit romain, l'homme possède la terre, mais il n'en est pas possédé; voilà l'immense différence du droit réel dans les lois romaines et dans les coutumes; elle fait ressortir le spiritualisme du droit romain puisé dans l'école stoïcienne; et nous pouvons dire, avec M. Michelet: «Rome »mérita l'empire du monde, elle fut la vraie patrie du »droit (1). »

C'est dans les livres III et IV de son ouvrage sur l'état, sur la guerre, la procédure et la pénalité, que le savant auteur réunit les textes et les documens relatifs à l'organisation et à la juridiction féodales. Tout s'y trouve pour les personnes, depuis le roi jusqu'au serf, et pour la justice du moyen-âge depuis le défi jusqu'à l'exécution des jugemens; puis vient le dénouement du drame de la vie humaine et sociale, la vieillesse, la mort, la sépulture; mais M. Michelet nous rappelle en terminant les cérémonies funèbres d'un ordre religieux qui célèbre le dernier jour comme celui qui commence une nouvelle vie, *natalis dies:* le dernier mot du livre est un symbole du spiritualisme chrétien. L'histoire du droit français, étudiée dans ses origines ou dans ses développemens, nous place toujours en présence et sous l'inspiration du christianisme.

Si dans l'esquisse que nous avons essayée de l'ouvrage de M. Michelet nous nous sommes attachés plus spécialement à la famille et à la propriété, ce n'est pas que l'intérêt des derniers livres puisse être moins vif pour les lecteurs; ils ont quelque chose, au contraire, de plus dramatique; mais la science du droit nous paraît avoir plus encore à recueillir dans les premiers; c'est là que se trouvent les bases générales du droit civil, et des points de vue qui désormais domineront l'histoire du droit français.

Nous avons réservé pour la fin de cet article l'impres-

(1) Introd., LXI.

Digitized by Google

sion que nous avons reçue de l'introduction au recueil des symboles et des formules du droit universel. Quelques amis de l'histoire et du droit reculeront peut-être d'abord devant la lecture complète de ce livre, que de Laurière aurait embrassé avec l'enthousiasme de Mallebranche devant Descartes ; mais nul homme d'intelligence ne résistera au charme invincible de l'introduction : là se répand à grands flots sur les symboles et les formules la lumière historique ; là se trouve en même temps la lumière philosophique qui pénètre le symbole du droit dans sa nature intime et qui en surprend tous les secrets. Nous ne craignons pas de le dire, cette vaste introduction est l'un des ouvrages qui doivent faire le plus d'honneur à l'école historique du dix-neuvième siècle : pensée philosophique et profonde qui s'empare de tous les matériaux de l'érudition, les anime et les vivifie, poésie de l'âme qui jette dans le style cette chaleur et cette poésie d'images, si belles dans la prose quand elles sont vraies; toutes les qualités du grand écrivain respirent ici dans une harmonie bien rare. Ce n'est pas un exemple littéraire que nous choisissons: fidèles à notre but de rechercher la pensée fondamentale du livre et la pensée scientifique qui semble avoir le plus d'avenir, nous demanderons à M. Michelet à quel principe il rattache la nature du symbole juridique, et l'introduction répond (1) :

« Le créateur a fait l'homme semblable à lui, c'est-à-» dire créateur. L'homme aussi crée à son image. Symbole » lui-même, il crée des symboles. Pourquoi cette nécessité » de créer? pourquoi celui qui a si peu de vie et si courte, » doit-il donner de la vie, communiquer son être, son » néant ? C'est que, tout néant qu'il est, il a en lui, comme » image de Dieu, une idée, une force féconde. L'idée » qu'enferme tout symbole brûle d'en sortir, de s'épancher, » de redevenir infinie. Elles s'efforcent, ces pensées ailées,

(1) Introd., LXV.

Digitized by Google

» à voler sous le poids qui les entraîne contre terre ; elles se » soulèvent comme pour respirer un peu... Voilà le malaise » universel, la sublime tristesse du monde. Homme, nature, » toute existence est travaillée d'un infini captif qui veut se » révéler par la génération, par l'action et par l'art, qui » fait et défait ses symboles, languissant tour à tour de » créer et de mourir.

» L'homme porte ainsi en lui comme un infatigable ar- » tiste qui travaille à la fois au dehors et au dedans. Cette » force l'use et le soutient; elle est sa *causa vivendi*... Par » elle il se fait et se connaît mieux chaque jour. Il façonne » incessamment son argile, il est à lui-même son Promé- » thée (1)... L'homme rejette peu à peu le poids qui l'op- » primait, l'épais vêtement charnel dans lequel il fut empri- » sonné à sa naissance. Qu'est-ce en effet que l'enfance, » sinon une lourde incarnation de la pensée, chargée de » lait, de sang, de poésie? L'âge nous en guérit et la prose » et l'analyse, la mort surtout, cette suprême analyse. Mais » il faut qu'il y ait d'abord enfance et poésie; il est bon que » l'homme se nourrisse long-temps du lait de la nature, » qu'il l'aime, la craigne et l'écoute. Un jour les rôles chan- » geront. Il la dominera par l'art et le travail; il la fécon- » dera à son tour (2). »

Les symboles juridiques sont donc le produit naturel et poétique de l'enfance des peuples. Nous ne pouvons suivre l'introduction dans sa course rapide et lumineuse de l'Inde à la France; elle montre comment le génie national modifie les formes symboliques du droit; après la question de nationalité vient celle des âges divers du symbole juridique: et en présence des traditions qui s'interrompent quelquefois pour reparaître plus loin, l'âme de M. Michelet laisse échapper cette parole religieuse : « En vérité, pour » qui ne verrait pas dans le genre humain la grande famille

(1) Introd., LXVI.
(2) *Ibid.*, LXVIII.

Digitized by Google

» de Dieu, l'unité de création et de fin, il y aurait quelque » chose de prestigieux et de quoi troubler l'esprit à enten- » dre ces voix qui, sans s'écouter, se répondent si juste de » l'Indus à la Tamise (1)... Avouons-le pourtant, cette ty- » rannie des formes pesait trop sur nous, l'idée en était op- » primée. S'il faut que l'une ou l'autre meure, périsse la » forme, la beauté même pour l'affranchissement de l'es- » prit! Nulle idée plus que celle du droit ne mérite d'être » affranchie. Le droit n'est pas fait pour servir. Fils de la » moralité, c'est à lui de réformer la nature et non de la » suivre (2). »

C'est la gloire du droit romain d'avoir commencé ce laborieux affranchissement de l'esprit. « Rome, plaçant sa » religion principalement dans le droit, a poursuivi cette » grande guerre contre la nature; elle accomplissait avec » une gravité pontificale l'immolation progressive des sym- » boles. De symbole en formule, de formule en langage » vulgaire, elle amenait le droit à la clarté, à l'équité (3). » Son alliance avec la philosophie stoïcienne et avec le christianisme, a mis à la place des symboles et des formules la méthode de généralisation, le principe rationnel. « L'em- » pire romain eut deux héritiers, le christianisme deux dis- » ciples, l'Allemagne et la France; disciples raisonneurs » qui devaient donner beaucoup à faire à leur maître: » l'Allemagne *ultra-symbolique*, la France *anti-symbo-* » *lique*.

» L'Allemagne, tout en se disant le saint empire romain, » ne voulut ni de la langue de Rome, ni de son droit civil. » En droit, elle fut semi-païenne; en religion, mystique, » c'est-à-dire en deçà et au-delà de l'Église, rarement sur » la ligne prescrite.

(1) Introd., cv.
(2) Introd., cix.
(3) Introd., cxi.
(4) Introd., cxvii.

Digitized by Google

» La France eut l'air d'accepter tout. L'Eglise la nomma » très-chrétienne. Mais ce qu'elle accepta surtout, ce fut » cette langue prosaïque, cette méthode raisonneuse que » l'Église elle-même tenait du droit romain, son ennemi.

» La France est le vrai continuateur de Rome : elle » poursuit l'œuvre de l'interprétation.

» Le droit romain a détruit l'œuvre féodal... Ce droit, » stoïcien sous l'empire, fut calviniste au seizième siècle.

» Quel est le droit qui en résultera pour la France? Un » droit *humain*, c'est-à-dire non national, mais commun » aux nations. Le droit français gagne l'Europe presque aussi » rapidement que la langue française. »

Telle est la double conclusion de l'illustre historien sur la mission du droit romain et celle du droit

Nous avons été heureux de la trouver en parfaite harmonie avec la pensée fondamentale de l'essai historique que nous avons tracé du point de vue des légistes.

Le livre sur les Origines est un grand service rendu à l'histoire du droit; il ne sera pas le dernier: M. Michelet nous donne aujourd'hui la *symbolique* du droit; il en cherchera le mouvement, la *dialectique*, lorsque notre drame national sera mieux noué dans son histoire de France, dont il publie le troisième volume. « *Attendons le seizième siècle* » dit l'auteur. A la science est acquise aujourd'hui cette vérité féconde : « C'est que le droit français a été de » tout temps moins asservi au symbolisme que celui d'au- » cun autre peuple. » C'est en opposant la France et le monde que l'historien a entouré ce résultat d'une éclatante lumière.

F. Laferrière,
avocat à la cour royale de Bordeaux.

—

Digitized by Google

DE LA DÉNONCIATION DE NOUVEL ŒUVRE

DANS LE DROIT FRANÇAIS ACTUEL (1).

§ IV. Notre jurisprudence moderne, dans le silence absolu que nos Codes ont gardé sur la matière qui nous occupe, s'est traînée sur les traces de la jurisprudence ancienne, et elle ne nous offre rien de plus fixe, rien de plus satisfaisant. Des arrêts difficiles à concilier, des controverses multipliées entre les auteurs, laissent régner sur toute cette doctrine l'incertitude et l'obscurité. On pourrait cependant présenter comme réunissant pour elle actuellement le plus grand nombre d'autorités, la théorie qui range la dénonciation de nouvel œuvre parmi les actions possessoires de la compétence des juges de paix, qui s'accorde contre tout ouvrage commencé et non terminé, construit sur le fonds de celui qui en est l'auteur, et non sur celui du plaignant, qui présente la prétendue possession où l'on serait de ne souffrir aucun préjudice de son voisin ou la *possession de l'état de choses* comme fondement légitime de cette action possessoire, et qui fait obtenir par elle la suspension et non la démolition des travaux. Cette théorie est, on le voit, renouvelée de l'ancienne jurisprudence; ayant déjà eu occasion de la combattre, je n'y reviendrai pas; je me contenterai d'examiner successivement ce que je trouve d'opinions neuves dans les ouvrages de quelques auteurs modernes. Je hasarderai ensuite mes propres idées en me rattachant, pour trouver un appui solide, à la doctrine romaine que j'ai commencé par exposer.

M. Merlin, après avoir reproduit dans son Répertoire (2)

(1) V. tom. IV, p. 351 et 444. — Tom. VI, p. 49.
(2) V° Dénonciation de nouvel œuvre, n° 6.

Digitized by Google

l'opinion commune que *la dénonciation tend à faire maintenir ou réintégrer le plaignant dans la quasi-possession où il est de ne pas souffrir de préjudice*, l'abandonne complétement dans ses questions de droit.

« Un nouvel œuvre, dit-il dans ce dernier ouvrage (1), » peut nuire à quelqu'un de deux manières, ou en le pri- » vant de la jouissance, soit d'un avantage, soit d'un agré- » ment qui ne lui est assuré ni par sa qualité de propriétaire » ou de légitime possesseur, ni par la loi, ni par une con- » vention, ni par la prescription: ou en le privant de l'exer- » cice du droit qui lui appartient ou dont il a la possession.

» Que le premier genre de dommage soit à l'abri de la » dénonciation de nouvel œuvre, cela n'est pas douteux.

. . . . . .

» Quant au second genre de dommage, il donne incontestablement lieu à la dénonciation de nouvel œuvre. »

M. Merlin exige donc ici bien expressément une vraie possession pour donner le droit d'intenter la dénonciation de nouvel œuvre; et cela est beaucoup plus rationnel : c'est la première conséquence que l'on doit logiquement tirer sitôt que l'on pose en principe, comme le fait M. Merlin, que la dénonciation de nouvel œuvre est une action possessoire. Mais une autre conséquence à laquelle on devrait aboutir non moins nécessairement dans ce système, c'est la confusion absolue de la dénonciation de nouvel œuvre et de la complainte : il faudrait admettre que la dénonciation de nouvel œuvre n'est point une action possessoire d'une nature distincte, mais n'est qu'un moyen donné en certains cas à la complainte sans rien changer à ses règles. M. Merlin ne formule point cette opinion d'une manière aussi prononcée; mais tout son article conduit à penser que tel est son sentiment. Il donne à la dénonciation le nom

(1) V° Dénonciation de nouvel œuvre, § I, n° 2.

Digitized by Google

de *complainte pour cause de nouvel œuvre*, et ensuite : « Peu importe, dit-il, que je qualifie mon action de dé» nonciation de nouvel œuvre, de complainte, ou de toute » autre manière; ce n'est point à la dénonciation que je lui » donne, mais aux conclusions que je prends que la justice » doit avoir égard. » M. Merlin distingue ensuite le cas où l'on conclut à la destruction des travaux et celui où l'on conclut seulement à leur suspension. Telle est la seule différence qu'il fait entre la dénonciation de nouvel œuvre et la complainte ; comme il admet la complainte tendant à destruction, même dans le cas où le nouvel œuvre est fait sur le fonds du construisant, il s'ensuit que, dans son système, le plaignant aura toujours le choix de demander ou la destruction ou la simple suspension de travaux, et que son action, soumise d'ailleurs toujours à la même condition d'admissibilité (trouble à possession), sera une dénonciation de nouvel œuvre ou une complainte, selon les conclusions plus ou moins amples qu'il lui plaira de prendre.

Dans ce système, on le voit, la dénonciation de nouvel œuvre n'est, en réalité, qu'une complainte par laquelle on ne demande point tout ce que l'on serait en droit d'obtenir. Or, cette circonstance particulière, qui dépend uniquement de la volonté du demandeur, n'est point susceptible de changer la nature de l'action. Ce n'est en effet que d'après les conditions d'admissibilité de chaque action et d'après ce que le juge peut accorder sur chacune, que l'on peut classer les actions et leur donner des noms particuliers. Il serait donc beaucoup plus simple de dire que la dénonciation de nouvel œuvre n'existe plus (au moins comme action possessoire), et que la seule voie possessoire ouverte contre un nouvel œuvre est la complainte ordinaire. Cela serait dans le vrai; mais M. Merlin ne pouvait aller jusque-là, parce qu'il avait commencé par dire que la dénonciation était, en droit romain, un interdit correspondant exactement à nos actions possessoires, et qu'il ne

Digitized by Google

soupçonnait pas même que la dénonciation pût être chez nous autre chose qu'une action possessoire.

M. Carré par contre, en niant que la dénonciation de nouvel œuvre fût aujourd'hui une action possessoire, est sorti de l'ornière suivie depuis les glossateurs et s'est trouvé conduit par le simple raisonnement à reproduire, sans s'en douter probablement, les principes véritables du droit romain.

« La dénonciation de nouvel œuvre est, dit-il (1), un » acte par lequel une partie s'oppose à la continuation d'ou- » vrages qu'elle prétend lui être préjudiciables. »

C'est déjà beaucoup que d'établir l'essence si généralement méconnue de la dénonciation ; elle est un acte et non une action. M. Carré enseigne ensuite que « la dénoncia- » tion ne peut être aujourd'hui considérée que comme toute » autre opposition fondée sur un droit allegué par une par- » tie, et qui ne peut produire d'effet qu'après jugement in- » tervenu sur ce droit, à moins que, suivant les circonstan- » ces ou l'apparence du droit de l'opposant, le juge ne » statue par provision. »

Ceci se rapproche infiniment des principes du droit romain sainement entendus et contient le germe d'une doctrine bien plus raisonnable que celle généralement adoptée. Il est à regretter que M. Carré n'ait point développé toutes les conséquences de son opinion; qu'il n'ait point suivi dans toutes ses phases cette action provisoire et incidente qu'il a voulu si judicieusement substituer à l'action possessoire en dénonciation de nouvel œuvre. J'essaierai de compléter son système par le moyen du droit romain ; mais auparavant il me reste à examiner une doctrine nouvelle présentée par un auteur célèbre, M. Troplong (2).

Je ne m'arrêterai point à réfuter les erreurs que M. Trop-

(1) *De la compétence des juridictions civiles*, tom. I, p. 500.

(2) *Commentaire sur le titre de la prescription*, tom. I, p. 499 et suiv.

Digitized by Google

long à commises dans l'interprétation des textes du droit romain : on n'a qu'à comparer celle qu'il donne avec celle que j'ai exposée au commencement de cette dissertation ; et je prie que l'on considère qu'il n'y a point présomption de ma part à demander avec confiance cette comparaison, parce que les idées que j'oppose à celles de M. Troplong ne m'appartiennent point : je n'ai fait que traduire de l'allemand de M. J. Hasse. Actuellement ne discutons que sur le droit français.

M. Troplong veut que la dénonciation de nouvel œuvre soit tantôt possessoire et tantôt pétitoire, selon qu'on se fonde pour l'obtenir sur une possession ou sur un droit de propriété. Son caractère distinctif serait d'être une mesure de précaution, une inhibition de construire, usitée dans les cas où le dommage n'est point encore réalisé, mais seulement menace d'être effectué par la construction de travaux non encore achevés. Pour la dénonciation au pétitoire, M. Troplong reproduit les principes de M. Carré ; il admet que lorsqu'on n'a pas la possession, on peut demander la suspension des travaux par voie de demande incidente, ou par voie de référé. Cela est parfaitement juste. Mais pour la dénonciation au possessoire, M. Troplong présente un système qui lui est propre. Avant de l'examiner, j'observerai que l'auteur a réuni ici sous la même dénomination de *dénonciation de nouvel œuvre* deux actions essentiellement différentes dans leur nature : une action provisoire incidente à une instance au pétitoire, et une action possessoire. Ces deux actions peuvent être employées toutes deux, il est vrai, dans des cas différens pour arriver à faire suspendre des travaux commencés ; mais c'est là tout ce qu'elles ont de commun : du reste, elles se fondent sur des causes différentes ; elles sont de la compétence de juridictions différentes, et elles aboutissent à des résultats bien différens en droit ; l'une ne faisant que maintenir provisoire-

Digitized by Google

ment un *statu quò*, l'autre assurant une possession à la partie qui intente et la fait triompher. Séparons donc ce qui ne devait point être confondu, et ne considérons plus que la dénonciation au possessoire. Voici comment M. Troplong la distingue de la complainte.

« Quel est donc le caractère distinctif de la complainte » et de la dénonciation de nouvel œuvre, caractère souvent » méconnu, à la vérité, mais qui survit à toutes les er» reurs ? Il n'est pas dans le lieu où les travaux sont éta» blis : il est dans leur degré d'avancement et dans la » mesure de dommage qu'ils occasionent. Si le travail, en » quelque lieu qu'il soit fait et placé, occasione un dom» mage positif, un trouble préjudiciable à la possession, » c'est la complainte qui doit être intentée : le mot de dé» nonciation de nouvel œuvre, appliqué à ce cas, n'est » qu'un non-sens. Mais s'il n'y a pas encore de dommage et » qu'on se borne à demander une simple inhibition de con» tinuer les travaux, c'est là une dénonciation de nouvel » œuvre, quel que soit le lieu où ces travaux se préparent et » se commencent. »

La dénonciation serait ainsi réservée pour tous les cas où il n'y a pas encore dommage positif et où l'on se borne à demander une simple inhibition de continuer les travaux.

Ce serait le dommage menacé et non encore effectué qui donnerait ouverture à la dénonciation de nouvel œuvre.

On pourrait contester peut-être que chez nous une menace de dommage puisse suffire pour fonder une action quelconque. Mais, sans examiner cette question qui nous entraînerait hors de notre sujet, posons un dilemme, qui suffira pour renverser la distinction établie par M. Troplong entre la dénonciation et la complainte : ou bien ce dommage menacé suffit pour constituer un trouble à la possession, ou bien il ne peut être considéré comme trou-

Digitized by Google

ble dans le sens légal du mot. Dans le premier cas, c'est la complainte qu'il faut admettre avec toute son efficacité; car tout trouble doit être réprimé par la complainte et réprimé complétement par la destruction de ce qui le cause. Dans le second cas, il est impossible d'admettre une action possessoire quelconque, parce qu'on manque de l'élément premier de toute action possessoire, c'est-à-dire d'une possession troublée.

C'est donc en vain que M. Troplong s'est efforcé de donner à la dénonciation de nouvel œuvre une existence à part comme action possessoire, et de la distinguer de la complainte. Elle retombe toujours nécessairement dans la complainte, par la raison qu'il ne peut y avoir d'action possessoire sans troubler la possession, et que sitôt qu'il y à trouble, il y a ouverture à la complainte, qui, étant plus ample dans ses effets que la dénonciation de nouvel œuvre telle que l'ont créée les auteurs, absorbe celle-ci et la rend inutile.

Pour nous, nous laisserons de côté cette dénomination de dénonciation de nouvel œuvre, qui est devenue un non-sens dans notre jurisprudence depuis que la chose désignée par elle en droit romain a été bannie de notre droit français. Qu'était-ce, en effet, que la dénonciation? Un acte d'opposition purement privé et extra-judiciaire, ayant pour effet d'arrêter les travaux *ipso jure*, et au mépris duquel on ne pouvait les continuer sans encourir une condamnation préliminaire à démolir. Or, il est posé en principe par tous nos auteurs, et il est passé en règle de droit public que le juge seul a le droit d'être obéi; et par suite un acte extra-judiciaire de cette nature ne peut plus être qu'un avertissement non obligatoire pouvant servir tout au plus à se préparer une preuve de la mauvaise foi de l'adversaire, pour obtenir ensuite plus facilement du juge une condamnation et des dommages-intérêts.

Digitized by Google

Ce n'est plus que par voie d'action qu'on peut arrêter un nouvel œuvre : cette action pourra être possessoire ou pétitoire; mais, quelle qu'elle soit, elle ne sera point une dénonciation: les mots survivent souvent aux choses qu'ils exprimaient.

Il n'est pas douteux qu'on ne puisse en bien des cas se pourvoir au possessoire contre un nouvel œuvre : cela doit être toutes les fois que le nouvel œuvre porte atteinte à une possession.

Ainsi il est incontestable qu'il y a lieu à une action possessoire, lorsque le nouvel œuvre est construit sur un fonds dont le plaignant est en possession : et cette action possessoire peut tendre non seulement à la cessation des travaux, mais même à leur démolition, et le juge ne saurait accorder la permission de les continuer en donnant caution. Tout cela est d'une justice évidente; car il faut absolument donner cette efficacité à l'action possessoire intentée dans ce cas, si l'on veut qu'elle restitue intacte au plaignant la possession dans laquelle il a été troublé. Mais aussi cette action est une véritable complainte; n'étant soumise à aucune règle spéciale, il n'y a nulle raison d'en faire une espèce distincte sous un nom qui lui soit propre. Les divisions théoriques sont de vaines difficultés lorsqu'elles n'expriment point une différence réelle dans les résultats pratiques.

Si l'on examine attentivement les divers cas de nouvel œuvre construit sur le fonds de celui qui en est l'auteur, on se convaincra qu'il doit encore y avoir ouverture à action possessoire,

1° Lorsque le nouvel œuvre porte atteinte à la possession que le plaignant aurait d'une servitude sur le fonds dans lequel le nouvel œuvre est construit : bien entendu qu'il s'agit d'une servitude susceptible d'une possession.

En ce cas, je ne vois point pourquoi l'on n'admettrait pas l'action possessoire ordinaire, la complainte, avec tous les

Digitized by Google

effets qui lui sont propres. Quelle raison y aurait-il, en effet, de protéger moins efficacement la possession d'une servitude que la possession d'un fonds, lorsque la possession de cette servitude est reconnue par la loi?

2° Lorsque le nouvel œuvre est une violation des lois du voisinage, en d'autres termes, lorsqu'il porte atteinte à une servitude légale ou naturelle.

Les servitudes naturelles et légales se manifestent par la situation respective des lieux, et par suite elles ne sauraient présenter une possession distincte du droit. Elles existent dès qu'on se trouve dans certaines conditions de fait prévues par la loi, et elle ne s'acquièrent point par prescription; c'est pourquoi au premier aspect elles ne paraissent point susceptibles de donner ouverture à une action possessoire, parce qu'on ne conçoit point comment une contestation sur un droit de cette nature pourrait passer par les deux degrés du possessoire et du pétitoire.

Cependant on peut à juste titre considérer l'atteinte portée à une servitude légale ou naturelle comme une atteinte à la possession du fonds lui-même, dont cette servitude est un accessoire. Si je suis troublé dans l'exercice de l'un des droits que la loi attribue au fonds que je possède, ne puis-je pas me dire troublé dans la possession de ce fonds?

Cela admis, le fondement de l'action possessoire en cas de trouble à une servitude légale ou naturelle est trouvé; mais dès-lors encore nulle raison d'introduire une action possessoire d'une nature spéciale; c'est encore la complainte qui doit être admise avec tous ses caractères habituels et toute son efficacité.

Je considère donc comme certain que la complainte est ouverte contre le nouvel œuvre qui porte atteinte à la possession d'une servitude conventionnelle prescriptible, ou qui trouble l'exercice d'une servitude légale ou naturelle. Le raisonnement conduit à ce résultat, et le silence absolu

Digitized by Google

que nos Codes ont gardé sur la dénonciation de nouvel œuvre ne permet pas de reproduire aujourd'hui cette espèce particulière d'action possessoire, qui n'avait dû le jour, dans notre jurisprudence, qu'à la fausse intelligence de quelques lois romaines.

Si la complainte est admise en ces cas, il faut reconnaître comme conséquence nécessaire qu'elle pourra tendre non seulement à la suspension des travaux, mais même à leur démolition, et que le juge ne pourra permettre de les continuer, en demandant caution. Tel est le droit rigoureux : cependant la démolition par provision d'un ouvrage dont la légitimité n'est que douteuse et peut en définitive être reconnue, a toujours quelque chose d'odieux et répugnera toujours à l'équité de nos juges. Je ne saurais voir ni excès de pouvoir, ni violation d'aucune loi dans la décision qui, tempérant la rigueur des principes, se contenterait d'ordonner la suspension des travaux jusqu'au prononcé du jugement sur le pétitoire.

Hors les deux hypothèses que j'ai posées :—Trouble à la possession d'une servitude conventionnelle et atteinte à une servitude légale ou naturelle,—le nouvel œuvre construit par un voisin sur son propre fonds ne saurait constituer un trouble à possession, et par suite ne peut donner ouverture à aucune action possessoire. Il ne nous reste donc qu'à examiner en quels cas et de quelle manière la destruction ou la suspension du nouvel œuvre peut être poursuivie au pétitoire.

On pourra agir au pétitoire contre un nouvel œuvre si le nouvel œuvre porte atteinte à un fonds dont on a la propriété, sans en avoir la possession : et encore si le nouvel œuvre trouble ou empêche l'exercice d'une servitude insusceptible de possession : enfin, alors même que le nouvel œuvre constitue un trouble à possession, on pourra négliger le possessoire et agir de prime abord au pétitoire.

L'action pétitoire par laquelle on poursuit la démolition

Digitized by Google

du nouvel œuvre construit au préjudice de ses droits, n'a rien de particulier; elle suivra son cours selon les règles ordinaires de la procédure, et elle n'aura rien de commun avec la dénonciation de nouvel œuvre du droit romain.

Mais nous aurons quelque chose de parfaitement analogue à la dénonciation du droit romain, s'il est formé sur pareille instance une demande incidente, tendant à ce que, par provision, les travaux soient suspendus jusqu'à jugement définitif. Rien de plus juste que l'admission de cette demande provisoire; elle ne tend qu'au maintien du *statu quo* pendant l'instance principale; elle n'est destinée qu'à prémunir la partie contre le dommage que pourraient lui faire éprouver les délais qu'entraîne nécessairement l'instruction du procès au fond.

La demande incidente en suspension provisoire des travaux remplacera exactement la dénonciation de nouvel œuvre; elle produira à peu près les mêmes effets en suivant des règles analogues. Seulement nous devons remarquer que la suspension des travaux ne pourra être que le résultat d'un jugement provisoire, tandis qu'elle était forcée en, droit romain, par un simple acte extra-judiciaire d'opposition.

Observons d'ailleurs qu'ici les rôles sont distribués de la même manière qu'en droit romain : celui qui demandera la suspension provisoire des travaux ne pourra être que celui qui poursuit comme demandeur au fond leur démolition; c'est de même que le dénonçant se constituait de plein droit demandeur au fond : *Nuntiando possessorem facimus adversarium*; cette règle, inexplicable pour ceux qui font correspondre une action possessoire à la dénonciation de nouvel œuvre, reçoit ici son application toute naturelle.

La demande provisoire étant formée, il est naturel d'admettre que le juge puisse, selon les circonstances, ordonner la suspension des travaux, ou permettre à leur auteur

Digitized by Google

de les continuer, à la charge de donner caution. (*satisdatio.*)

Si le juge a ordonné la suspension des travaux et que, nonobstant ses défenses, et le procès au fond étant toujours pendant, les travaux soient continués, il faut bien reconnaître qu'un second jugement provisoire pourra ordonner la démolition de tout ce qui aura été construit depuis le premier : par une telle décision, le juge ne fera qu'assurer l'exécution de sa première sentence. Or ce jugement, c'est absolument l'interdit donné par le prêteur :

Prætor ait : quem in locum nunciatum est ne quid operis novi fieret, quâ de re agitur : quod in eo loco antequàm nunciatio missa fieret aut in eâ causâ esset ut remitti deberet, factum est, id restituas. L. 20, princ. Dig. de op. nov. nunciat.

Si le procès au fond traîne en longueur par la faute du demandeur après qu'il a obtenu les défenses de continuer les travaux, il est bien juste que le défendeur puisse obtenir du juge la main-levée de ces défenses. C'est là la *remissio.*

Si l'instance au fond tombe en péremption, ces défenses seront levées de plein droit, de même qu'en droit romain la dénonciation perdait sa force si dans l'année l'instance au fond n'était poursuivie.

On voit ainsi que bien des règles du droit romain, qui semblent, au premier aspect, être fort éloignées de nos usages judiciaires, seraient cependant susceptibles d'être reçues dans notre jurisprudence et pourraient contribuer à l'améliorer.

Il faut cependant remarquer, dans la théorie de la dénonciation de nouvel œuvre, deux points capitaux, qui sont tout-à-fait inadmissibles chez nous :

1° L'efficacité accordée à une opposition extra-judiciaire. Nous en avons déjà parlé.

2° Le caractère de réalité et de dénonciation en vertu du-

Digitized by Google

quel la prohibition s'adressait au fond et non à la personne, et autorisait à exiger la démolition de tous travaux construits ultérieurement, quel qu'en fût l'auteur. Chez nous le jugement provisoire de suspension des travaux ne pourrait être prononcé qu'entre les parties de l'instance au fond, et ne pourrait obliger que celui à qui seraient faites les défenses de continuer, ou ses représentans.

Concluons donc, pour présenter sommairement l'ensemble des résultats de nos recherches :

Que la dénonciation de nouvel œuvre, en droit romain, était une voie de droit provisoire, mais non possessoire, puisqu'à l'inverse des voies possessoires elle n'était employée que par celui qui devait être le demandeur au fond ;

Que cette institution a été dénaturée par la doctrine des auteurs et par notre ancienne jurisprudence, et ne s'est trouvée transformée en une action possessoire que par un monstrueux assemblage de principes disparates et contradictoires ;

Que, dans notre jurisprudence actuelle, on tombera dans la confusion tant qu'on voudra appliquer des textes romains sur la dénonciation de nouvel œuvre à l'action possessoire dirigée contre un trouble résultant de la construction d'un nouvel œuvre, au lieu d'appliquer tout simplement à ce cas de trouble, comme à tout autre, la complainte ordinaire avec toutes ses règles habituelles ;

Qu'au contraire on peut appliquer la théorie du droit romain à l'action incidente et provisoire, par laquelle on demande la suspension des travaux jusqu'à jugement définitif, sauf à rejeter quelques règles incompatibles avec notre procédure civile.

ALBAN D'HAUTEUILLE,
docteur en droit.

Digitized by Google

THÉORIE DE L'INTERPRÉTATION DES LOIS,

par A. F. J. THIBAULT, professeur à l'université de Heidelberg.

Traduit de l'allemand en français par MM. Ch. RITTINGHAUSEN, *docteur en droit, et* DE SANDT, *premier avocat général près la Cour de Cologne.* Bruxelles, 1837.

Les difficultés que fait naître l'application de la loi n'accusent au premier aspect que le défaut de clarté de l'acte législatif ou l'ignorance de l'interprète; mais elles ont en réalité des causes essentielles. Que de conditions nécessaires, en effet, pour bien apprécier la lettre, l'esprit, la force et l'étendue d'un texte! A la connaissance parfaite de la signification des termes employés dans l'acception particulière à l'objet de la loi, il faut joindre la science de la législation, l'étude de l'histoire du pays, de ses institutions, de ses mœurs, de ses coutumes, et ces élémens manquent trop souvent pour l'intelligence des lois de vieux empires qui n'offrent plus que des ruines incomplètes, lois qui demandent, de la part des interprètes modernes, pour les remettre debout et les réunir, plus de temps qu'il n'en fallut dans l'origine pour les faire et les coordonner.

On comprend donc que l'interprétation des lois soit devenue une science, et une science ayant son histoire, ses règles, ses sectes, suivant dans ses développemens les phases de la législation et de l'histoire; car aujourd'hui il n'est plus permis de séparer l'une de l'autre, puisque la législation d'une nation n'est que l'aphorisme de son histoire à chaque grande période de son existence.

La science de l'interprétation a même sa dénomination

Digitized by Google

spéciale au milieu de la science de la législation dont elle est l'exégèse ; elle forme ce qu'on appelle l'*herméneutique du droit* et compte de nombreux adeptes ; parmi les anciens se font remarquer *Donellus*, *Forster*, *Franzke*, *Rapolla*, et parmi les modernes se place entre tous M. le professeur *Thibault*.

C'est le traité de la théorie de l'interprétation *logique* des lois de ce célèbre jurisconsulte que MM. *Rittinghausen* et *de Sandt* viennent de traduire en français et de publier à Bruxelles.

Le titre de l'ouvrage indique par lui-même qu'il n'est consacré qu'à l'une des branches de l'interprétation, à l'interprétation *logique*, mais cette branche en est la plus importante, si même elle ne forme pas la véritable souche.

Pour le prouver, il suffit de rappeler les différentes espèces d'interprétation qui toutes viennent se ranger, soit dans l'interprétation authentique ou de législation, soit dans l'interprétation de doctrine.

L'interprétation authentique étant le droit exclusif du souverain, échappe, par l'autorité que lui imprime le pouvoir dont elle émane, à toutes les règles auxquelles le sujet a recours pour faire la véritable application de la loi ; ces règles ne sont même que les moyens employés par le sujet à défaut d'indication *légale* et *impérative* ; aussi l'interprétation authentique, affranchie de tout lien, perd-elle son véritable caractère dans les pays où elle est réservée à un pouvoir législatif à branches multiples tel que celui de la France.

L'interprétation authentique mise ainsi hors de discussion, reste l'interprétation doctrinale, qui a pour première division l'interprétation grammaticale et l'interprétation logique.

L'interprétation grammaticale a pour domaine l'exploitation des paroles du texte, et s'arrête dès que les usages de la langue ne suffisent pas pour la découverte du sens de

Digitized by Google

la loi; ce n'est pas elle qui est précisément une science, cette qualification s'applique donc à l'interprétation *logique* qui a pour objet la connaissance de l'esprit, des motifs et de la fin de la loi (*sententia*, *ratio*, *vis ac potestas legis*), ce qui conduit à examiner les circonstances dans lesquelles la loi a été rendue, la nécessité sociale sur laquelle elle s'appuie ou la pensée souveraine dont elle est l'expression.

C'est surtout à l'occasion du droit romain que les diverses théories sur l'interprétation des lois ont pris naissance; des fragmens des décisions rassemblées dans la vaste mosaïque du *Corpus juris*, ont servi à en étayer quelques unes, et aujourd'hui il serait difficile de les classer méthodiquement, bien que les principaux docteurs se réunissent pour distinguer l'interprétation extensive, l'interprétation abrogatoire, et en troisième lieu l'interprétation mixte; car, à côté de cette première classification s'en présentent de subsidiaires, telles que la *corrrective*, l'*expositive*, la *médiante*, la *stante*, la *transférante*, la *dictante*, etc., ainsi que le constate Thibaut, à quoi les modernes ont encore ajouté l'*interprétation politique*.

Toutes ces divisions ne sauraient plus subsister dans la pratique; peu propres à éclaircir des textes obscurs, elles ne servent au contraire qu'à compliquer ce qui est déjà ambigu ou incertain, et elles sont un premier travail plus difficile à mener à bien que celui qu'il a pour but de préparer.

Tout cela sent l'école des seixième et dix-septième siècles, époque où Dumoulin voulait qu'on reconnût les lois auxquelles on pouvait déroger à certains signes, à certains termes employés; ce n'est pas que je veuille ici faire le procès à cette savante époque; nous lui devons trop pour ne pas la ressusciter plutôt que de lui jeter la pierre; mais à côté de la science profonde de ses célèbres maîtres, se trouvent nécesssairement l'esprit, la coutume, la diction

Digitized by Google

du temps, toutes choses aptes à bien expliquer, à bien *interpréter* la cause de leur langage, mais non à le faire survivre à leur siècle; le temps des formules sacramentales est passé, et les règles d'interprétation ont dû ressentir, ainsi que je l'ai déjà dit, le contre-coup des révolutions successives de la science du droit.

En France, la loi nouvelle a bien simplifié les règles de l'interprétation, puisqu'en y posant les bases du pouvoir du juge, les articles 4 et 5 du Code civile ont en même temps fixé les limites de l'interprétation doctrinale; aussi ces articles sont-ils tellement féconds en conséquences, qu'un auteur plein de science et auquel on doit un traité fort érudit sur l'interprétation des lois, a consacré près de deux volumes à leur commentaire (1); de si long développemens pourraient faire croire à une trop grande élasticité du texte, si je ne me hâtais d'ajouter qu'à l'occasion des principes qu'il renferme, l'auteur a traité un grand nombre de questions accessoires; mais je n'ai pas à m'occuper ici du livre de M. Mailher de Chassat, et je reviens à la traduction de la théorie de M. Thibault.

Or voici comment le savant professeur résume son Traité :

« Les développemens que je viens de donner, nous offrent diverses espèces d'interprétation; considérons-les » actuellement dans les rapports qu'elles ont entre elles.

» Les principales sont l'interprétation grammaticale et » l'interprétation logique.

» Cette dernière se subdivise en interprétation d'après » le motif de la loi, et interprétation d'après l'intention ou » expressément déclarée ou supposée légalement connue » du législateur.

» Quant aux rapports qu'ont entre elles ces quatre espè-

(1) *Commentaire approfondi sur le Code civil*, par Mailher de Chassat.

Digitized by Google

» ces d'interprétation, voici les règles que nous croyons » devoir admettre :

» 1° Le jurisconsulte s'en tient, avant tout, au sens des » termes ; il ne lui est permis de recourir à l'interprétation » logique que lorsque toutes les conditions requises pour » qu'elle ait lieu, existent. Mais lorsqu'elles existent, il pré- » férera toujours le sens qu'elle indique à celui exprimé par » les termes.

» 2° Lorsque l'intention expresse du législateur est en » opposition avec l'intention qu'il est censé avoir eue, on » se décidera pour la première, parce que ce qui est con- » stant en fait, doit toujours l'emporter sur les présomp- » tions. Ainsi, par exemple, il est de principe que les lois » attributives d'un avantage se restreignent lorsqu'elles nui- » sent à ceux en faveur desquels elles sont rendues, et que » la loi ne doit pas s'appliquer de manière à préjudicier à » des droits acquis ; mais ces deux principes perdent leur » force dans le cas où le législateur a expressément voulu » le contraire.

» 3° Lorsque, dans le cas où elle peut avoir lieu, l'inter- » prétation logique d'après le motif de la loi, ne s'accorde » pas avec l'interprétation d'après l'intention du législateur, » elle doit être préférée à cette dernière ; car l'interpréta- » tion extensive, et c'est d'elle seule qu'il pourra être ques- » tion ici, repose tout entière sur cette réflexion capitale, » que, dans ce cas, le législateur convient avoir pensé au- » trement qu'il n'aurait dû penser, et qu'il est du devoir du » jurisconsulte de suppléer à une pareille imperfection de » la législation. »

Pour arriver à ce résultat, M. Thibaut examine dans de nombreux paragraphes les principes généraux à l'interprétation, ceux de l'interprétation logique en particulier, ses subdivisions qu'il classe en interprétation d'après l'intention du législateur et en interprétation d'après les motifs de la loi, rattachant à la première les moyens par lesquels on

Digitized by Google

peut reconnaître l'intention; et rangeant dans la seconde les diverses espèces d'interprétation sous les quatre rubriques suivantes :

1° Interprétation extensive, 2° interprétation abrogatoire, 3° interprétation mixte, 4° interprétation qui n'est pas opposée au sens littéral.

Je sens parfaitement le besoin de toutes ces notions lorsqu'il s'agit d'étudier, d'expliquer le droit ancien et spécialement le droit romain, dont M. Thibaut fait l'objet d'un travail spécial à la suite de son Traité; mais, tout en reconnaissant que la théorie, objet de cet article, est une excellente étude à faire pour former le jugement, le rectifier, qu'on y puise des jalons excellens, je n'ose la donner pour un guide infaillible, parce que je suis persuadé que la science de l'interprétation est par elle-même si variable, qu'il en est peu qui présentent plus d'exceptions à côté de la règle générale.

Aussi, après tous les efforts faits par les esprits les plus sagaces, les jugemens les plus droits, pour ramener à des *normes* certaines le moyen de faire une juste application de la loi, il faut reconnaître que si, pour les législations tombées dans le domaine de l'histoire, elles sont les signes à l'aide desquels on peut en avoir le mot, il est loin d'en être de même pour les législations en pleine vigueur et dont l'origine est toute moderne, parce que si, pour leurs rapports avec les textes anciens, on peut encore se servir des fils indiqués par les hermeneutiques, on risquerait de faire fausse route pour leur application, si on se laissait conduire exclusivement par eux; aussi l'interprétation dite politique, c'est-à-dire celle qui a pour but de déterminer l'application de la loi conformément à la constitution politique actuelle de l'état, prend-elle tous les jours plus d'extension; la raison en est que la constitution politique devient de plus en plus la base de toute loi sociale : il est vrai que le mode de confection de la loi est tellement vicieux,

Digitized by Google

grâce à la précipitation avec laquelle chaque projet se trouve préparé, et au système de discussion, d'amendement et de vote dans les chambres législatives françaises, que, si un prompt remède n'y est apporté, la législation tout entière deviendra un chaos qui appellera une nouvelle théorie d'interprétation, et qui déjà ne rend que trop nécessaire l'étude des moyens propres à découvrir, au milieu de ce fécond accouchement de lois, celles qui naissent viables, de même que celles qui ont tué ou mutilé les dispositions antérieures. Malheureusement ces règles varient comme l'objet des lois, et c'est surtout dans la connaissance des institutions et des usages du pays, ainsi que de la langue du législateur qu'on trouvera les élémens d'une bonne interprétation.

Avant de quitter la plume, je dois parler de la théorie particulière que M. Ch. Rittinghausen, l'un des traducteurs de M. Thibaut, a exposée en tête du volume que j'ai sous les yeux; M. Rittinghausen se prononce pour un système tellement restrictif, qu'il ne veut pas que la loi soit interprétée d'après son motif, mais seulement d'après son dispositif; je comprends parfaitement cette théorie pour ceux qui définissent la loi avec Mackeldey et un grand nombre d'auteurs : *la règle émanée du pouvoir suprême de l'état, et à laquelle les sujets d'un même état sont tenus de se conformer :* ce qui fait dire à M. Rittinghausen que la seule partie de la loi qui soit obligatoire, c'est son dispositif, c'est-à-dire *la règle qui ordonne ou prohibe, qui accorde des droits ou en prive;* mais la loi n'a pas toujours pour effet d'ordonner, de défendre, de permettre et de punir (*imperare*, *vetare*, *permittere*, *punire*), puisque souvent elle ne fait qu'indiquer la règle générale à défaut de volonté exprimée par les parties, ainsi que la plupart des dispositions du Code civil sur les contrats et les obligations nous en offrent un exemple; c'est ce que j'ai déjà eu occasion de constater, et ce que je ne saurais trop répéter; car l'opi-

Digitized by Google

nion contraire a conduit à de bien fausses conséquences. Aussi, en louant le travail de M. Rittinghausen, en l'admettant même pour les cas où la loi prohibe ou ordonne, comme en matière pénale, je crois qu'il a trop généralisé se pensée en la donnant comme théorie d'interprétation.

VICTOR FOUCHER,
avocat général à la cour de Rennes.

DE LA DÉTENTION PRÉVENTIVE,

DE L'ABUS QU'ON PEUT EN FAIRE ET DE QUELQUES MOYENS D'Y REMÉDIER.

On a droit de se plaindre à trop juste titre du peu de soin qu'a pris le Code d'instruction criminelle de régler la mesure, de prévoir l'application, de prévenir l'abus de la détention préventive. Ce point était cependant digne, à coup sûr, d'appeler les regards et d'éveiller la sollicitude soit du législateur, soit des réformateurs qui ont cherché à mettre son œuvre plus en harmonie avec nos besoins et nos idées. L'expérience n'avait-elle pas suffisamment montré, sinon ce qu'il y avait à faire, du moins ce qu'il y avait à empêcher, à corriger, à améliorer. Rien n'a pourtant été innové sous ce rapport, et on en est resté aux dispositions insuffisantes du Code de 1808? Après avoir, dans l'art. 40, signalé le cas où la simple dénonciation ne pourra autoriser à mettre immédiatement sous la main de justice un individu ayant domicile; après avoir, dans les art. 91 et suivans, énoncé quelques règles sur la forme et le mode d'exécution des mandats, la loi se contente d'ordonner au juge de procéder dans les vingt-quatre heures à l'interrogatoire du prévenu arrêté en vertu d'un mandat d'amener. Elle ne sanctionne point cette obligation, et on sait que

Digitized by Google

pendant bien des années elle n'a été nullement suivie au tribunal de la Seine. Il a fallu une meilleure organisation du service pour que le zèle des magistrats pût accomplir cet important devoir et statuer dans ce bref délai sur la légalité des arrestations (1).

Là se bornent les injonctions et, nous pouvons le dire, les précautions de la loi. Elle semble, à quelques égards, oublier le malheureux dont elle vient de se saisir. Si, plus tard, elle règle avec soin le mode de procéder, vous ne trouvez néanmoins, jusqu'au moment où le procureur-général est saisi en vertu de l'art. 133, aucune mesure directe pour éviter la prolongation de sa captivité, pour en concilier strictement la durée avec les intérêts de la vindicte publique et avec ceux de la justice et de l'humanité, pour en atténuer la rigueur et le danger. Après avoir placé la liberté individuelle sous la sauve-garde de la constitution, après en avoir assuré la garantie, ne devait-on point

(1). On y est parvenu en augmentant le nombre de MM. les juges d'instruction et en consacrant un d'entre eux, ainsi qu'un de MM. les substituts à ce service spécial, désigné sous le nom de *petit parquet*. Il arrivait auparavant que des individus arrêtés en vertu de mandats, passaient plus de huit jours en prison, sans qu'on eût même constaté l'identité, sans qu'on eût vérifié la nature des charges qui s'élevaient contre eux, et les erreurs peuvent être fréquentes parmi les nombreuses exécutions de mandats confiés aux agens et exécutés par eux avec circonspection, sans doute, mais aussi quelquefois avec une précipitation que leur zèle peut à peine excuser.

La loi laisse les magistrats instructeurs souverains juges de l'opportunité et du maintien de l'arrestation, après le premier interrogatoire. Elle aurait pu être plus vigilante. On trouve dans le Code criminel du royaume de Naples, une disposition meilleure à cet égard. Il est rendu compte à la Cour criminelle, dans les vingt-quatre heures, des arrestations opérées en vertu de mandats d'amener ou de dépôt, et cette Cour, appréciant la nature de la prévention et la gravité des indices, juge s'il y a lieu de convertir ces mandats en mandats d'arrêt, ou d'accorder la liberté, soit définitive, soit provisoire et sous caution.—Voyez à ce sujet les observations contenues dans un article de M. *Faustin Hélie*, tome V^e de ce Recueil, 6e livraison, page 416.

Digitized by Google

veiller sur le sort de celui qui a été privé de cette liberté, légalement il est vrai, mais, après tout, sur la foi d'un soupçon, d'une prévention plus ou moins grave, et pour attendre qu'il soit prononcé définitivement sur son innocence ou sa culpabilité? Ne devait-on point l'entourer aussi de quelques garanties protectrices? La possibilité de son innocence est surtout en perspective tant qu'il n'a point été soumis aux débats. Nos lois se plaisent à le reconnaître; elles ont adopté la maxime généreuse qui répute ou présume innocent l'accusé non encore jugé; elles s'énorgueillissent à juste titre d'avoir suivi une idée aussi grande et libérale, de l'avoir sanctionnée dans l'art. 31, Code civil, qui déclare mort *integri statûs* le contumace décédé dans le délai de grâce des cinq années; mais si le principe est de bonne foi, il faut, pour le rendre efficace, que les conséquences ne soient point omises, qu'elles se déduisent logiquement et en sens direct.

Toute législation doit être d'accord sur ce point, que la détention préventive ne se justifie que par sa nécessité. Elle est exigée par l'intérêt public, elle garantit la sécurité sociale en prévenant l'évasion de l'individu appelé à rendre compte des crimes les plus odieux peut-être, mais elle ne doit avoir d'autre but que de prévenir cette évasion; elle le dépasse toutes fois qu'elle cesse d'être une mesure de sûreté, pour devenir une voie de rigueur ou une voie indirecte de répression. Il est impossible, quel que soit le sort postérieur du prévenu, quelle que soit l'issue de l'accusation portée contre lui, d'enlever à la détention subie avant le jugement le caractère d'une souffrance gratuite; mais, dans bien des cas, ne prendra-t-elle point par l'effet des circonstances, le caractère d'une souffrance injuste?

Supposons d'abord le cas où l'innocence de l'accusé est reconnue et suivie de son acquittement immédiat. Il a été privé de sa liberté sur la foi d'un injuste soupçon; voilà déjà un résultat fâcheux, mais que l'on peut justifier en

Digitized by Google

disant qu'il était inévitable. Combien il devient inique et plus déplorable si l'on songe que dans bien des cas il a subi une captivité aussi longue que celle qu'aurait pu entraîner sa condamnation, s'il eût été convaincu du délit dont on l'accusait. Si l'honneur est sauf, ce que la peine avait d'afflictif a été éprouvé. Arraché violemment, soudainement, à ses affaires, à ses relations, le malheureux détenu peut en avoir été séparé pendant un temps assez prolongé pour que cette séparation entraîne des conséquences irréparables.

Supposons un crime ou délit suivi de condamnation ; les juges en punissant son auteur ont le plus souvent égard, dit-on, à la détention déjà subie et la prennent en considération lorsqu'ils décident s'il y a lieu de se rapprocher plus ou moins du *minimum* ou du *maximum* ; on peut répondre que la plupart des juges se préoccupant, peut-être avec quelque raison, de cette idée que la détention préventive est un mal commun à l'innocent et au coupable, indépendant dès lors de la réalité de l'accusation, de ses conséquences, de l'issue du jugement, ne lui accordent aucune influence ; lorsqu'il s'agit de déterminer la peine, ils n'apprécient que le caractère intrinsèque du fait. Admettons d'ailleurs qu'ils tiennent réellement compte du temps déjà passé dans la prison ; n'arrive-t-il point dans beaucoup de cas que les circonstances de la cause sont assez atténuantes pour que le *minimum* ait été appliqué sans le secours de cette considération ? Combien de fois des soustractions d'objets de la plus mince valeur commis à des étalages de boutique, amènent devant la cour d'assises des enfans qui ont à peine dépassé de quelques mois l'âge où la justice s'informe si le discernement a pu exister. Aux débats la circonstance aggravante qui amenait devant le jury est écartée, le vol devient simple, sa modicité l'atténue d'autre part. Toute la portée mauvaise de l'action n'a point été connue par ceux qui l'ont commise ; ils jugent pour la pre-

Digitized by Google

mière, fois de toutes ses conséquences en morale comme en pénalité, et cette épreuve salutaire peut suffire pour les corriger. Dans l'intérêt de leur avenir, dans le but direct de rendre la répression utile, efficace, la cour applique les peines les plus légères : elles ne peuvent cependant être au dessous de trois ou quatre mois de prison; la durée moyenne de la prévention est au moins aussi longue, leur peine a été doublée!

Beccaria, en s'élevant contre la lenteur des procédures criminelles, signale d'une manière générale, mais énergique, les motifs tirés de l'intérêt de l'accusé, de la justice qui lui est due; il s'exprime ainsi au chapitre XIX de son traité :

« Plus la peine sera prompte et suivra de près le délit, plus elle sera » juste et utile. Elle sera plus juste, parce qu'elle épargne au coupable » les cruels tourmens de l'incertitude, tourmens superflus, et dont l'hor- » reur augmente pour lui, en raison de la force de son imagination et du » sentiment de sa faiblesse. »

« La promptitude du jugement est juste encore, par le motif que la » perte de la liberté étant déjà une peine, elle ne doit précéder la con- » damnation qu'autant que la stricte nécessité l'exige. Si l'emprisonne- » ment n'est qu'un moyen de s'assurer d'un citoyen jusqu'à ce qu'il soit » jugé coupable, comme ce moyen est fâcheux et cruel, on doit, autant » que possible, en adoucir la rigueur et en abréger la durée. Un citoyen » arrêté ne doit demeurer en prison qu'autant de temps qu'il en faut pour » l'instruction du procès, et les plus anciens détenus ont droit à être jugés » les premiers. »

» Le coupable ne doit être resserré qu'autant qu'il le faut pour l'em- » pêcher de fuir ou de cacher les preuves de son crime. Le procès même » doit être conduit sans lenteur. Quel contraste affreux que l'indolence » d'un juge et les angoisses d'un accusé! D'un côté un magistrat insen- » sible, qui passe ses jours dans l'aisance et les plaisirs, et de l'autre, un » malheureux qui languit dans les larmes au fond d'un cachot hideux! »

A ces motifs impérieux qui exigeaient que le législateur prît soin d'imposer des limites à la durée des procédures, à la détention qui les accompagne, et de prévenir les abus en pareille matière, en imposant quant à certains actes des délais rigoureux, en sanctionnant, quant aux autres les

Digitized by Google

mesures les plus propres à préserver de toute négligence, nous ajouterons une considération grave et d'une portée malheureusement incontestable.

Il y a un danger contre lequel la loyauté des magistrats nous prémunit quant à présent, et nous prémunira longtemps encore, nous l'espérons, mais qui néanmoins existe, qui est imminent et qu'il convient de signaler. Dans les procès politiques, où la procédure suivie souvent contre un grand nombre d'individus, peut être compliquée et prolongée au gré de ceux qui la dirigent, quelle arme n'est pas donnée au pouvoir? Souvent l'acquittement qui interviendra au jour du débat, ne sera qu'illusoire, la détention préventive aura suffisamment vengé d'avance l'accusation impuissante à cette heure; elle n'aura pas moins brisé les corps et abattu les âmes de ses ennemis; voilà ce qu'il importait au législateur de prévoir. Chargé de disposer pour un avenir qu'il ne connaît pas, le présent ne doit pas suffire pour le rassurer, il faut, afin que son œuvre serve à tous les temps et fasse front à toutes les nécessités, préparer de fortes barrières pour les époques de réaction, où la haine et la vengeance sont peu difficiles sur le choix des moyens qui les conduisent à leur but.

« On a vu, écrivait M. Béranger, en 1818, des hommes, » après une détention d'une ou deux années, être, en dé- » finitive, condamnés à trois ou à quatre mois d'emprison- » nement. La peine infligée par le despotisme du magistrat » était triple ou quadruple de celle dont la loi les frappait. »

Une fois ces inconvéniens reconnus, une fois la détention préventive considérée purement comme une nécessité qu'il faut subir, que l'intérêt de la société maintient et justifie, mais qu'on doit renfermer dans ses termes les plus étroits, toutes les préoccupations du législateur, toutes ses mesures les plus directes devaient tendre à en atténuer l'application, à la rendre aussi courte et aussi rare que possible, à la faire cesser aussitôt que cesse la nécessité.

Digitized by Google

Un remède général se présentait d'abord, qui simplifiait la tâche de la loi, qui semblait devoir parer à tout et garantir d'avance le prévenu contre l'abus et le mauvais vouloir, c'était de déduire sur la peine à venir la captivité antérieure à son jugement, de faire rétroagir la condamnation au jour où il a été mis sous la main de justice. M. Béranger, que nous venons de citer, a exprimé ce vœu.

« Ne serait-il pas plus conforme à la justice, dit-il, de » faire courir la peine, lorsquelle est temporaire, du jour où » le condamné a été mis en état d'arrestation? C'est en effet » depuis ce jour qu'il a commencé d'être atteint corporelle- » ment, c'est donc depuis ce jour qu'il devrait être censé » subir son châtiment. » (*Traité de la justice criminelle en France.* Titre 2, Chap. 2, § 12.) Hâtons-nous de le dire : ce moyen, loin de résoudre toutes les difficultés et de suppléer à toutes les garanties, nous semble inapplicable et inconciliable avec la justice. En faisant disparaître le caractère préjudiciable de la détention préventive à l'égard de celui que ses juges ont reconnu coupable, vous l'aggravez immédiatement hors de toute proportion, vous consacrez une injustice flagrante vis-à-vis de celui qu'ils ont trouvé innocent, contre lequel n'a pu prévaloir l'accusation. En considérant comme portion anticipée du châtiment le temps consacré aux investigations de la justice, à l'examen des charges, à la vérification de leur exactitude ou de leur fausseté, on place à côté du résultat incertain de cette procédure, un résultat certain, incontestable, l'individu reconnu innocent se trouve avoir subi néanmoins ce que la loi a déclaré une *peine.* Logiquement et équitablement, il lui est dû des dommages-intérêts. L'action de la justice pourrait-elle s'accommoder de ce système?

Comment d'ailleurs le calcul que nécessiterait cette déduction serait-il possible? La diversité des peines n'est-elle pas un obstacle insurmontable? Comment fixer l'échelle

Digitized by Google

des proportions? Comment évaluer l'emprisonnement préventif lorsqu'il s'agit de le déduire sur la durée des peines afflictives et infamantes, et des travaux forcés, de la réclusion?

Le second remède qui s'offre est l'extension de la faculté d'obtenir la liberté sous caution. Le Code dans l'article 113, refuse cette faculté au prévenu toutefois que le titre de l'accusation emporte une peine afflictive et infamante. D'autres législations sont moins restrictives sur ce point et admettent le cautionnement, non pas seulement lorsqu'il s'agit d'un simple délit, mais presque dans tous les cas. Aux États-Unis, tout homme domicilié, s'il n'est prévenu d'un crime emportant peine capitale, quel que soit d'ailleurs le fait qu'on lui impute, obtient sa liberté provisoire sous caution. On ne la refuse qu'à l'étranger et au vagabond qui, n'étant pas domiciliés et ne pouvant fournir caution suffisante, n'offrent aucune espèce de garantie. En Angleterre, les exceptions sont plus nombreuses. Toutefois la limite imposée, est loin d'être aussi générale que la nôtre. Elle est loin surtout d'être aussi clairement tracée, et cela tient à ce que la classification des délits est encore fort imparfaite dans les lois de ce pays. La liberté sous caution, refusée dans certains cas où l'accusation est assez légère, est admise dans certains autres où elle a un caractère beaucoup plus grave, mais point de règle fixe que l'on puisse signaler.

Quelque puissans que soient les motifs qui sollicitent l'admission d'un système large et complaisant en pareille matière, la disposition de l'article 113 du Code nous paraît devoir être maintenue à tous égards; lorsque les faits dont l'individu arrêté se trouve soupçonné, sont assez graves pour rentrer dans la classe de ceux que notre loi frappe de peines afflictives et infamantes, l'intérêt de la vindicte publique, la sûreté générale qui en dépend, sont trop intéressés à ce que la répression ne puisse être éludée, pour que la crainte et le danger d'une évasion ne dominent toute

Digitized by Google

autre considération tirée de l'intérêt privé du détenu. Nous regrettons peu d'ailleurs l'intervention plus fréquente d'un pareil moyen, qui complétement préservateur à l'égard de l'accusé riche ou entouré d'amis riches, n'est d'aucun secours au malheureux abandonné, sans espoir d'élargissement, à toutes les rigueurs de sa captivité, et ne constitue pour ainsi dire, qu'une sorte de privilége en faveur de la fortune, en mettant à une haute enchère l'immunité et la voie de salut qu'il accorde.

Nous croyons donc devoir rejeter les deux systèmes impraticables qui viennent d'être examinés, et nous nous hâtons d'entrer dans un ordre d'idées plus immédiat. A notre sens les seuls remèdes admissibles, les seuls tempéramens efficaces qu'on puisse apporter à la trop longue durée de l'emprisonnement préventif, les vrais obstacles propres à rendre l'abus difficile et rare, se trouvent 1° dans la simplification des procédures; 2° dans la fixation de délais assez rigoureux et assez courts, quand les circonstances le tolèrent, pour garantir de toute négligence de la part des magistrats; dans un ensemble de dispositions telles que la durée de la procédure soit, autant que possible, soustraite à l'arbitraire, et ne puisse être étendue que dans des cas et pour des motifs directement prévus par la loi; 3° dans une prompte administration de la justice.—Voyons quelles sont dans leur ordre successif et relativement à ces divers points les dispositions du Code d'instruction criminelle; examinons surtout si elles sont suffisantes ou incomplètes; si elles tendent toujours au même but et si elles l'atteignent dans la plupart des cas.

1° *Simplification des procédures.* L'art. 182 autorise les parties lésées, ou le procureur du roi, à citer directement, devant le tribunal de police correctionnelle, toute personne prévenue d'un délit de la compétence de ce tribunal. Ce mode rapide d'action, cette voie prompte ouverte à la marche des affaires, en supprimant l'instruction préparatoire

toire, supprime aussi les délais qui en sont inséparables. Introduite dans l'intérêt de l'accusé qu'elle garantit d'ordinaire de toute captivité, elle a l'avantage de profiter à tous les prévenus indistinctement, en déchargeant d'autant de procédures inutiles MM. les magistrats instructeurs, MM. les membres du parquet, et leur permettant de consacrer plus de temps aux affaires des détenus. Le Code borne aux préventions de délits, cette faculté dont le résultat conduit si directement au but que nous nous proposons. Etait-il possible et convenable de l'étendre davantage ? Du moment où l'accusation porte sur un fait qui doit entraîner des peines afflictives et infamantes, elle prend un caractère de gravité tel que la procédure ne peut plus admettre rien de sommaire. L'intérêt public, l'intérêt du prévenu exigent que de pareils soupçons soient éclaircis par des investigations complètes. La vérité devient trop importante pour ne pas être recherchée à loisir; l'instruction préalable est une garantie nécessaire, inviolable. Mais pourquoi la loi, afin de tout concilier, n'a-t-elle pas distingué, même parmi ces faits, ceux qui ne tombaient nullement sous la portée des motifs que nous venons de signaler, et qui dès lors ne devaient point tomber sous la règle, qui n'ont pas besoin d'être protégés par elle ? Dans tous les cas de flagrant délit définis par l'art. 41, la loi, prenant en considération l'évidence probable, la facilité de constater immédiatement le fait, de recueillir immédiatement tous les indices, toutes les preuves, autorise les officiers de police judiciaire à procéder d'une façon exceptionnelle ; elle étend le cercle des attributions de la plupart d'entre eux.

Pourquoi, dominée par des raisons plus puissantes encore, n'avoir point autorisé dans ces cas les procureurs généraux à saisir directement et promptement la cour d'assises, ou si l'on avait craint d'aller trop avant, tout au moins la chambre des mises en accusation, qui se serait déclarée incompétente, on aurait renvoyé devant les tribunaux cor-

Digitized by Google

rectionnels, si le fait avait été, par une erreur bien rare, qualifié mal à propos flagrant délit, si, dans d'autres cas, il ne présentait pas les caractères d'un crime. Certes les accusés atteints par cette mesure eussent été loin de se plaindre d'une pareille façon de procéder, qui aurait diminué au moins de moitié leur captivité provisoire, qui ne les aurait privés d'ailleurs d'aucune garantie, puisqu'en semblable circonstance le débat est simple, et ne peut guère aller au delà d'une question d'identité. Combien auraient gagné tous les prévenus placés en dehors de ce statut, à l'expédition si prompte de la majeure partie des affaires.

La loi anglaise a long-temps présenté une application complète de ce système. Blakstone, en énumérant les divers cas qui sont encore soumis de nos jours à la poursuite *sur information*, c'est-à-dire sans qu'il y ait besoin d'un *indictment* préalablement dressé par le grand jury (1), s'exprime ainsi au chap. 23, livre 4, de son Commentaire.

« L'un de ces modes avait lieu, d'après la loi commune, » lorsqu'un voleur était surpris tenant en main la chose » volée, car lorsqu'il était ainsi pris, *flagrante delicto*, » il pouvait être traduit devant la cour, appelé à la barre » et être examiné par le petit jury (2). Sans *indictment*, suivant la loi danoise, il pouvait être arrêté et pendu sur le » champ, sans accusation ni procès. »

Blakstone ajoute qu'un mode semblable subsiste encore en Ecosse et qu'il n'a été aboli en Angleterre que par divers statuts du règne d'Edouard III.

Il signale les seuls cas de procédure sur information actuellement admis par la loi anglaise. Ces cas où il peut y avoir évocation directe devant la cour du banc du roi sans *indictment* préalable ni *presentment* se rapprochent beaucoup en général, quant à la nature des délits de la citation directe

(1) Jury d'accusation.
(2) Jury de jugement.

Digitized by Google

devant nos tribunaux correctionnels; mais elle s'étend aussi à des faits bien plus graves, notamment aux attentats ou faits de rébellion qui portent atteinte à la sûreté de l'état, à celle du roi, aux droits de la couronne, etc.; elle est encore permise en matière de poursuite de libelles et de tous imprimés injurieux ou offensans, poursuites qui ne nécessitent point d'enquête préalable.

Nous n'avons pas besoin d'ailleurs de chercher des précédens, ni des autorités dans les législations étrangères; nos lois offrent plus d'un exemple dont on peut arguer et se prévaloir.

L'art. 181 du Code d'instruction criminelle autorise les tribunaux civils ou correctionnels à juger séance tenante tous les délits commis à leur audience. L'art. 507 autorise les cours royales à juger de la même manière les *crimes flagrans* commis pendant la durée de leurs audiences. On a justifié cette disposition en disant, d'abord, qu'il était d'ordre public que tout crime ou délit commis dans le sanctuaire même de la justice fût promptement réprimé et en insistant sur l'inutilité de toute constatation plus ample d'un fait commis sous les yeux des magistrats appelés à le punir.

Plus récemment encore les art. 3 et 4 de la loi du 9 septembre 1835 sur les cours d'assises, autorisent la citation directe toutefois qu'il s'agit des crimes prévus dans le paragraphe 1er de la section 4 du chap. 3, titre Ier, livre 3 du Code pénal. Lors de la discussion de cet article à la chambre des pairs, M. le garde des sceaux disait à l'appui du système proposé :

« Le projet présente d'autres avantages pour l'accusé. Il a été arrêté sur » un mandat d'amener, conduit dans la prison du tribunal de première » instance. Là commence une instruction, pendant laquelle il reste en pri- » son. Le ministère public ayant déposé son réquisitoire, la chambre du » conseil délibère, rend son ordonnance : l'accusé est toujours en prison; » de la chambre du conseil, vous allez à la chambre d'accusation. Quoi-

Digitized by Google

» que le Code prescrive des délais extrêmement courts, *en hommes de pra-*
» *tique*, *nous dirons que cela ne peut s'exécuter*, et pendant tout ce temps
» vous restez en prison.

» Je disais tout à l'heure : C'est pour l'innocent que vous parlez, ce
» n'est pas pour le coupable. Votre intérêt est pour l'innocent qui gémit
» dans les prisons. Eh bien ! celui qui est convaincu de son innocence ne
» veut pas de toutes ces formalités ; il ne demande qu'une chose, c'est
» d'arriver devant ses juges. Ce qu'il faut à l'innocent, c'est l'homme qui
» lui dise qu'il est innocent. »

Plus loin il ajoute : « En enlevant à l'accusé ce que vous appelez une
» garantie et ce que j'appelle des procédures complétement inutiles, lors-
» que le corps du délit est certain, et que la société crie vengeance, vous
» ne faites aucun préjudice à l'accusé, tandis que vous en feriez un nota-
» ble à la société. »

Si l'on a signalé avec tant d'énergie les avantages d'une marche rapide pour l'accusé, pour la société qui le poursuit ; si l'on a démontré que les deux degrés de juridiction, dont l'examen préalable est prescrit avant le jugement sont bien souvent un circuit déplorable, nuisible pour le prévenu plutôt que la garantie d'une meilleure justice ; si l'on est arrivé par voie de conséquence à soustraire à la nécessité de cet examen préalable des crimes tels que ceux prévus par les art. 209 et suiv., Code pénal, qui sembleraient pourtant par leur nature devoir exiger bien souvent une procédure longue et compliquée, pourrait-on avec quelque logique trouver exorbitante la disposition qui supprimerait cette loi des deux degrés lorsque la constatation du délit est plus certainement parfaite, plus aisée dans la majeure partie des cas ?

2° *Fixation de délais.* « Il n'appartient qu'aux lois, dit
» Beccaria, de fixer l'espace de temps que l'on doit em-
» ployer à la recherche des preuves du crime... Si le juge
» avait ce droit, il serait législateur. »

Nous exposerons notre pensée sur ce point d'une manière moins générale, et peut-être plus juste, en disant

Digitized by Google

que la loi doit se réserver le soin de fixer cette durée toutes fois que cela lui est possible, et ne laisser à l'arbitraire du magistrat que ce qu'elle ne peut lui enlever.

Il nous semble en effet, que ce ne sont point toutes les phases de la procédure qu'il appartient à la loi de régler d'une manière positive, déterminée; ainsi comment marquer des limites certaines au temps qui devra être consacré à l'instruction. Quel danger à le faire! quelle base consulter d'ailleurs? la nature de l'affaire, la nature des moyens à employer pour arriver à la découverte de la vérité, sont les seuls élémens de durée appréciables; ils varient selon chaque combinaison de faits, et le magistrat chargé de l'enquête peut seul les connaître. Seul il sait si cette enquête sera longue et compliquée. Si la loi fixait d'avance et aveuglément l'intervalle pendant lequel la vérité devra se produire, le temps qu'on devra employer à la rechercher, l'intérêt de l'accusé se trouverait gravement compromis, loin d'être mieux servi. En effet, s'il est urgent pour lui que son innocence soit promptement reconnue, son sort promptement fixé, il importe par dessus tout qu'il ne soit pas jugé précipitamment et par des juges mal informés. Il y a là une garantie précieuse qu'il convenait de respecter.

Nous regrettons toutefois que la loi ne se soit pas mise en garde d'autre part contre l'abus de la latitude qu'elle est obligée de laisser au juge en pareil cas, et n'ait point disposé les choses de telle sorte que l'instruction fût, sinon complète dans un temps donné, du moins conduite sans lenteur; ainsi, pourquoi n'avoir point permis au détenu d'adresser à la chambre du conseil des réclamations sur lesquelles cette chambre serait tenue de délibérer? pourquoi n'avoir point statué sur la préférence que doivent donner les juges instructeurs aux affaires des détenus, notamment lorsqu'il s'agit de choisir celles dont ils feront le rapport dans le compte qu'ils sont tenus de rendre chaque

Digitized by Google

semaine à la Chambre du conseil, conformément à l'art. 127?

Une fois la tâche du juge d'instruction accomplie, l'enquête terminée, l'affaire mise en état, les motifs qui obligeaient la loi de laisser le magistrat maître de la liberté du prévenu cessent d'exister, le jugement doit suivre de près. Si des préliminaires sont indispensables, ayons au moins des délais courts et rigoureux. Chose singulière, cependant le Code n'en fixe pour ainsi dire aucuns, et il prescrit en même temps néanmoins de nombreuses formalités.

Ainsi l'article 127 ordonne la communication préalable au ministère public des pièces de l'instruction dont il doit être fait rapport à la Chambre du conseil. Le temps pendant lequel les pièces communiquées pourront être retenues, n'est point limité. Il serait à souhaiter qu'il le fût strictement.

L'art. 133 ordonne que les pièces dans le cas où il y a lieu à renvoi devant la Chambre des mises en accusation, soient transmises au procureur-général. Pourquoi se contenter de dire vaguement que cette transmission devra être faite sans délai?

Les articles 217, 218, fixent l'intervalle dans lequel le procureur-général auquel les pièces ont été envoyées conformément aux articles 133 et 134, est tenu de mettre l'affaire en état et de faire son rapport. L'art. 219 fixe l'intervalle dans lequel la Chambre des mises en accusation doit se prononcer; mais aucune forclusion, aucune nullité n'est attachée à l'inobservation de ces délais.

Le Code ne donne point un temps déterminé pour la rédaction de l'acte d'accusation; dans les affaires graves et compliquées, les membres du parquet attachent une certaine importance à ce que ce travail soit fait d'une façon complète et brillante. Le loisir nécessaire n'est point épargné dans ce cas.

Digitized by Google

L'art. 306 Code d'inst. crim. autorise le procureur-général à demander une prorogation de délais, lors de l'ouverture des assises, et confère au président seul le pouvoir d'accorder cette prorogation. La loi permet même à ce magistrat de l'ordonner d'office. Enfin, lorsque le débat s'ouvre, les renvois à une autre session sont quelquefois facilement et légèrement accordés, la loi n'ayant pas prévu ni spécifié les cas.

Ce sont là, nous devons le dire, des omissions graves de la part du législateur des lacunes que l'on regrette de ne point voir comblées; en matière si délicate, le champ ne devait point être si étendu. Une grande aisance est laissée aux magistrats pour prolonger les procédures à leur gré, s'ils n'en abusent point, nous ne devons en quelque sorte en savoir gré qu'à leur caractère et à leur impartialité.

3° *Prompte administration de la justice.* Dans les départemens, les tribunaux se tiennent avec la plus grande facilité au courant des affaires correctionnelles; quant aux affaires criminelles, en supposant que les magistrats n'aient apporté aucune négligence à mettre les affaires en état pour l'ouverture des assises trimestrielles, le jugement suit toujours de bien près la clôture des procédures. La création d'assises extraordinaires, autorisées par l'art. 259, permet d'ailleurs de parer à tous les besoins; il ne peut jamais y avoir d'arriéré. C'est à Paris surtout, et dans le département de la Seine, que l'impossibilité de suivre le courant des affaires correctionnelles et criminelles, met quelques intervalles fâcheux entre le complément de la procédure et le jugement (1).

Nuls moyens ne doivent être épargnés pour mettre à cet égard le service en rapport avec la nécessité. Une chambre de plus vient d'être consacrée au jugement des affaires

(1) En province, les renvois à une autre session ont en revanche des résultats beaucoup plus déplorables qu'à Paris.

Digitized by Google

correctionnelles. Ne serait-il pas important d'en affecter une spécialement aux affaires où il y a des détenus : de laisser à d'autres juges celles où il y a, soit liberté sous caution, soit instance suivie entre parties. Il est remarquable combien ces dernières surtout absorbent la majeure partie des audiences, et à cause des intérêts réciproques qui s'y trouvent mis en jeu, sont plus longuement débattues que celles poursuivies à la requête du procureur du roi, et où l'accusation comme la défense, se produisant avec une grande simplicité, prennent bien peu de temps.

A côté des assises permanentes de la Seine, l'encombrement des affaires exige à certains intervalles des sessions extraordinaires. Nous en avons vu siéger une l'année dernière, pendant plusieurs mois. Ne satisferait-on pas plus complétement et plus aisément tous les besoins, par la création d'une seconde Cour d'assises permanente ou s'assemblant du moins à des époques rapprochées et périodiques ?

Remarquons que si les arrangemens dont nous exprimons la possibilité et le désir, l'augmentation du nombre des magistrats qui en serait la suite nécessaire, exigent de grands frais, il suffit de calculer à peu près le bénéfice qui résulterait pour l'état de la diminution des dépenses que nécessite le séjour prolongé de chaque détenu dans les prisons, pour s'assurer qu'il y aurait à coup sûr économie. Ce motif, qui dans tous les cas ne serait point suffisant pour arrêter des projets utiles de réforme en pareille matière et prendre le dessus sur la voix de l'humanité, ne peut donc même être soulevé.

En recherchant dans tout ce qui précède, les moyens de restreindre autant que possible la durée de la détention préventive, nous n'avons dû songer évidemment qu'à la procédure qui précède le jugement ou l'arrêt. Alors intervient la condamnation ou l'acquittement. Là est reconnue l'innocence ou la culpabilité; là est déterminée la peine.

Digitized by Google

Ce n'est plus de mesures de sûreté ni d'enquêtes préparatoires qu'il s'agit. Toute disposition qui prolongerait au-delà de ce terme la détention préventive, semble dès l'abord injuste et inexplicable. Nous ne savons donc comment peut se justifier et à quel titre est maintenu l'art. 23 du Code pénal, qui fait courir la durée des peines temporaires du jour seulement où la condamnation est devenue irrévocable et fait tourner ainsi au préjudice du condamné le recours en cassation, voie ouverte tout-à-fait dans son intérêt. On ne conçoit pas cette suspension inutile, puisque le sort du condamné, par suite du rejet du pourvoi, n'a pas été modifié; qu'il n'a rien été ajouté à sa condamnation; que l'arrêt se trouve, en dernier résultat, avoir été complet dès le principe et devient dès lors la seule cause réelle et première de la peine infligée.

Il y a là une aggravation que l'on peut dire injuste et qui à coup sûr est grave; car, si le pourvoi du condamné doit être prompt pour être recevable, il s'écoule souvent trois mois avant que la Cour de cassation puisse prononcer et rendre l'arrêt irrévocable.

Du moment où l'intervalle qui s'écoule entre la condamnation et l'arrêt intervenu sur le pourvoi du condamné n'est pas déduit sur la durée de la peine, on ne voit point ce qui peut motiver la disposition de l'art. 421 Code d'inst. crim., qui oblige ceux que les magistrats ont cru devoir laisser libres jusqu'à cet instant à se constituer prisonniers et à subir une rigueur inutile. Cette disposition introduite par le Code de 1808, ne se trouvait point dans celui de brumaire an 4.

Il eût été logique d'ajouter que cette constitution, étant une exécution provisoire de la condamnation, serait comptée sur la peine. Nous croyons que le silence de la loi, la raison, conduit à le supposer. Cependant le contraire paraît admis dans la pratique.

Maintenant, pour compléter cette matière, qu'il nous

Digitized by Google

soit permis d'exprimer le vœu d'une réforme qui nous paraît urgente et importante par dessus tout. L'art. 603 Code d'inst. crim., établit trois sortes de prisons : les *maisons d'arrêt* destinées à recevoir les prévenus arrêtés en vertu de mandats d'arrêt ou de dépôt, les *maisons de justice* pour détenir ceux contre lesquels a été rendue ordonnance de prise de corps, et enfin les *maisons de détention* pour les condamnés.

« Les bonnes mœurs, les égards qu'on doit au malheur » et à l'humanité réclamaient, dit M. Béranger, que les » simples prévenus, les accusés et les condamnés ne fussent » pas confondus dans le même local et exposés à la même » corruption. »

Les mêmes motifs n'exigeraient-ils pas que les prévenus détenus en vertu de mandats d'arrêt ou de dépôt, ne fussent point jetés pêle-mêle, confondus dans la même prison, et surtout que les hommes en récidive fussent isolés, séparés des autres ?

« C'est dans ce lieu, continue M. Béranger, qu'innocens » ou coupables sont jetés les citoyens à mesure de leur » arrestation ; l'homme honnête s'y trouve confondu avec » le malfaiteur ; souvent le même cachot les renferme ; sou- » vent la jeunesse dont les égaremens ne méritent qu'une » simple correction, achève de s'y perdre par le contact de » tous les vices. »

Ce tableau est vrai, et le mal est loin d'y être exagéré. Hâtons-nous de le dire ! si à cette heure on s'occupe plus que jamais de rechercher un système pénitentiaire plus parfait, et de préserver les condamnés de l'influence funeste incessamment exercée sur eux par la société de leurs semblables, par les conseils de criminels plus pervers ; si l'on songe aux moyens de ne point détruire tout espoir de correction, d'amélioration future ; si l'on cherche à appliquer le châtiment de telle sorte que la pénalité devienne utile au lieu d'être dangereuse, combien doit-on com-

Digitized by Google

prendre avant tous autres, dans cette mesure salutaire, les détenus préventivement.

Si l'on protége contre un contact impur, contre une perversion plus complète, contre une incurable dépravation, celui que ses juges ont déjà trouvé coupable quoiqu'encore susceptible d'être corrigé et de devenir meilleur, que doit-on faire pour celui que la loi présume innocent, qui peut-être sera trouvé innocent aussi par ses juges, qui peut-être n'a pas commis le mal et ne porte point en lui les germes du crime! Combien doit-on le préserver avec plus de soin, l'isoler de toute contagion! C'est avec douleur et avec effroi que l'on voit côte à côte dans la même cour, dans le même cachot des enfans de 17 à 18 ans appelés pour la première fois devant la justice, et des hommes faits que recommandent déjà les antécédens les plus fâcheux. Quelles leçons sont données! quelles leçons sont reçues, commentées, retenues pour être mises en pratique plus tard! Que de fois appelé à servir de conseil à ces enfans qui doivent ignorer encore ce que c'est que la justice et les ruses qui peuvent être mises en œuvre pour lui échapper, on trouve avec terreur une intelligence déjà façonnée par d'habiles expériences! Aux débats on obtiendra l'absolution en faisant valoir par dessus tout, et aussi haut que l'absence de preuves, le danger qu'il y aurait à renvoyer des êtres aussi jeunes, aussi peu avancés dans le mal, au milieu du peuple des prisons. Le jury comprend et acquitte. Vaine indulgence! Vaines précautions! Ils emportent la corruption au fond du cœur, et c'en est fait de leur avenir.

Chose singulière! aux États-Unis, les perfectionnemens et les améliorations qui donnent une certaine supériorité au système pénitentiaire ne se sont nullement étendus à l'emprisonnement préventif, qui devait cependant appeler d'abord l'attention.

Digitized by Google

« Nous avons vu, dit M. Tocqueville (*Du système pénitentiaire aux États-Unis*, 1re partie, chap. 1er), dans la maison d'arrêt de New-York » plus de cinquante prévenus réunis dans la même salle. Dans cette pri- » son où il n'y a que des prévenus, on ne tient aucun compte de la diffé- » rence des crimes dont ils sont inculpés, de la jeunesse des uns, de la » vieille corruption des autres. Tous ces individus n'ont pas un lit, pas » une chaise, pas une planche pour se coucher ou pour reposer leur tête. » Ils n'ont pas de cour où ils puissent respirer un air pur. A quelques » pas de là, il y a une prison parfaitement ordonnée, dans laquelle on » renferme les criminels *condamnés*. Aux États-Unis on trouve les meil- » leures prisons et les plus vicieuses...

» Les prévenus sont quelquefois innocens et toujours présumés tels. » Comment tolère-t-on qu'ils trouvent dans la prison une corruption qu'ils » n'y ont point apportée?

» S'ils sont coupables, pourquoi les placer dès l'abord dans une mai- » son d'arrêt propre à les corrompre davantage, sauf à les réformer en- » suite dans la prison pénitentiaire, où ils seront envoyés après leur con- » damnation? »

Il ajoute dans ses notes sur ce passage :

» On a vu les prisons qui renferment les condamnés pour crime, infec- » tées de la plus grande corruption, et on a porté le remède là où s'est » montré le plus grand mal. Les maisons d'arrêt où le même mal existe, » mais où il fait moins de ravages, ont été oubliées. Cependant négliger » les moins coupables pour ne travailler qu'à la réforme des grands cri- » minels, c'est comme si, dans un hôpital, on ne s'occupait que des plus » infirmes et si, pour guérir des malades peut-être incurables, on laissait » dépourvus de soins tous ceux qui pourrait facilement être rendus à la » santé. Le vice que nous signalons ici est senti en Amérique par les » hommes les plus distingués. » M. Edward Livingston l'attaque avec une grande force dans ses écrits : « Dans les prisons qui renferment des con- » damnés, on ne mêle, dit-il, que des coupables avec des coupables, » mais dans celles où se trouvent les prévenus arrêtés provisoirement, le » crime est confondu avec l'innocence. »

M. Livington déplore d'autant plus les effets que peut produire un pareil système sur les prévenus, qu'à l'aide de données statistiques, il établit que dans l'espace de quatre années consécutives les *quatre cinquièmes* des personnes arrêtées préventivement à New-York ont été reconnues innocentes par le jugement définitif (1).

(1) Dans un article publié récemment par la *Revue britannique* (livraison

Digitized by Google

Espérons qu'une fois entrée dans les voies de réforme, notre administration procédera plus logiquement. Espérons que l'œuvre entreprise ne sera abandonnée que lorsqu'elle sera complète, et que parmi les maux signalés, les plus urgens seront les premiers vers lesquels se dirigeront les efforts.

LOUIS DUFOUR,
avocat à la cour royale.

de février 1837) et intitulé *Des prisons en Europe et en Amérique, et des divers systèmes pénitenciers et répressifs*, nous trouvons la mention d'un relevé de cette nature fait en France. En 1833, 3,093 prisonniers furent acquittés ou mis en liberté avant le prononcé de la sentence sur déclaration de non-lieu; ils avaient subi des périodes diverses de détention.

468	étaient restés en prisons	1 mois ou au dessous.
488	*Id.*	1 à 2 mois.
551	*Id.*	2 à 3 mois.
575	*Id.*	3 à 4 mois.
418	*Id.*	4 à 5 mois.
191	*Id.*	5 à 6 mois.
375	*Id.*	6 mois à 1 an
27	*Id.*	un an et plus.

Digitized by Google

Bulletin bibliographique.

La philosophie du droit d'après le point de vue historique, par F.-J. *Stahl*, professeur à l'université de Wurtzbourg.

Notre savant et laborieux collaborateur M. *Klimrath* a esquissé dans deux articles remarquables, publiés par la *Revue Germanique* (livraisons de février et de mars 1837, ils ont paru aussi à part en une brochure de cinq feuilles d'impression) l'analyse complète du beau travail de M. Stahl.

Ce n'est pas avec le peu d'espace qui nous reste aujourd'hui que nous prétendrons donner une idée satisfaisante de ce résumé si substantiel, où la pensée du philosophe allemand se trouve condensée avec tant de méthode et de bonheur. Qu'il nous suffise de dire que M. Klimrath a rendu un service véritable à tous ceux qui s'intéressent à ces nobles études, et leur nombre augmente heureusement tous les jours.

En effet, le livre de M. Stahl est un des plus remarquables qu'ait produits l'Allemagne; il est l'expression du mouvement religieux des esprits, du retour vers le christianisme, qui est la tendance bien marquée de la philosophie de ces derniers temps.

M. Stahl commence par éprouver les théories diverses de la philosophie du droit tant anciennes que modernes; il cherche, au moyen d'une critique puissante, à en démontrer l'insuffisance; son œuvre trouvera bientôt son complément légitime; l'idée qui lui a servi jusqu'ici de *criterium* apparaîtra dans toute sa majesté.

M. *Klimrath* a reproduit, dans un tableau rapide et complet, cette première partie du beau monument que le professeur de Wurtzbourg élève à la science; il ne se bornera pas là sans doute, et nous sommes certains à l'avance qu'il formulera avec la même précision et la même clarté le système personnel de M. Stahl.

—M. *Duvergier* vient de faire paraître le second volume du contrat *de louage*, qui complète l'exposition de ce titre du Code. A mesure que la *Continuation de Toullier* avance, elle grandit dans l'estime des jurisconsultes. Nos lecteurs connaissent déjà un beau chapitre de ce nouveau volume. (V. notre 1re livraison du tom. VI.) Ils ont été à même d'apprécier la finesse d'aperçus, la clarté d'exposition, la force de raisonnement dont M. Duvergier a fait preuve dans ce dernier travail. — Il sera bientôt l'objet d'un examen spécial et approfondi.

— Des circonstances indépendantes de notre volonté ont retardé la publication de notre article sur *l'enseignement du droit et l'institution des concours*; il fera partie de la livraison d'août, qui contiendra aussi un tableau critique de la jurisprudence de la Cour de cassation, que notre honorable collaborateur M. Rodière vient de tracer d'après un plan nouveau.

L. W.

Digitized by Google

HISTOIRE DU DROIT.

ÉTUDES SUR LES COUTUMES.

§ III. *Dispositions des coutumes.*

Le détail des dispositions de toutes les coutumes générales ou locales, écrites ou non écrites, décrétées ou simplement accordées, qu'il nous a fallu énumérer aux paragraphes précédens, serait infini. Il remplit les quatre volumes in-folio, de plus de 1200 pages chacun, du *Coutumier général* donné par Bourdot de Richebourg en 1724; et encore ce recueil n'est-il pas complet. La *Conférence des Coutumes*, publiée par Guénois en 1596, est un volume in-folio de 1600 pages (non compris les tables). Elle n'embrasse pas à beaucoup près autant de coutumes que le Coutumier général de 1724 : toutefois les plus importantes s'y trouvent, et cette laborieuse compilation fait honneur à la patience et à la science de l'auteur. Par une sorte de dissection du texte des diverses coutumes, tous les articles de chacune d'elles, contenant sur la même question des dispositions semblables ou contraires, se trouvent rapprochés et insérés textuellement à la suite l'un de l'autre. Mais, il faut le dire, ces rapprochemens ne sont pas toujours heureux et ne pouvaient pas l'être, parce que les articles des diverses coutumes ne se correspondent pas toujours exactement; et ils n'ont été obtenus qu'au prix de bien fâcheux sacrifices. Isolé, arraché de l'ensemble de dispositions qui l'explique, chaque article ne dit plus tout ce qu'il devrait dire. La multiplicité des questions secondaires, l'interminable répétition des mêmes choses dans des rédactions différentes, dissipent l'attention et voilent les grands traits de notre ancien système coutumier et de ses principales variantes. La Confé-

Digitized by Google

rence de Guénois, utile pourtant comme répertoire, est plus propre à augmenter la confusion qu'à la dissiper par une généralisation exacte et une classification nette et précise.

Aussi n'est-ce pas l'exiguité seule du cadre dans lequel je dois me renfermer ici, qui m'a fait une loi de tenter une route nouvelle : l'intérêt de la science y est au moins pour moitié. Il a fallu me borner; il a fallu choisir un nombre suffisant et de coutumes et de questions, et sacrifier le reste. Énumérons ces sacrifices : il faut que le lecteur sache au juste ce qu'il trouvera et ce qu'il ne trouvera pas dans ce travail.

D'abord, j'ai cru devoir négliger les coutumes locales, et à cause de leur grand nombre, et parce qu'il en est beaucoup qui n'ont pas été rédigées ou décrétées en due forme. La coutume générale fait loi jusqu'à preuve des dérogations locales : je n'ai noté ces dérogations qu'accidentellement, lorsqu'elles paraissaient avoir une importance particulière. A plus forte raison a-t-il fallu omettre ce qui n'était ni coutume générale, ni même coutume locale, mais charte, privilége, franchise, titre ou droit particulier.

En second lieu, j'ai exclu les coutumes des Pays-Bas, des terres d'Empire, et celles des pays de droit écrit du midi de la France : je me suis borné aux cinquante-deux coutumes générales des pays coutumiers de la France proprement dite, telles que je les ai énumérées dans la première division du paragraphe précédent.

Troisièmement, tout ce qui, dans ces coutumes, est relatif au droit public, aux droits de justice et aux banalités, aux droits féodaux et seigneuriaux, aux municipalités, à la police, aux eaux et forêts, aux crimes, délits et peines, à la procédure, enfin à l'état politique des personnes nobles, ou roturières, franches ou serves, etc., m'a paru devoir être exclu de ce travail : je me suis renfermé sévèrement

Digitized by Google

dans les limites du droit civil. Pour le droit civil lui-même, j'ai fait choix d'un certain nombre de points sur lesquels j'ai concentré exclusivement toute mon attention. J'espère n'avoir rien omis d'essentiel.

Enfin, lorsqu'une coutume est muette sur quelqu'une des questions que je devais successivement aborder, je n'ai pas tenté de suppléer ici à son silence, parce que je n'aurais pu le faire qu'en me jetant dans des discussions à perte de vue, à travers les controverses des auteurs, la contrariété des arrêts, les variations des ordonnances. Si ce travail peut aspirer à quelque utilité et à quelque mérite, c'est à condition d'être court, net et positif. Une lacune, dont j'avertis, avait moins d'inconvéniens que les longueurs et les incertitudes (1).

I. *De la capacité personnelle.*

Age.

La capacité personnelle, quant à la jouissance des droits, dépend de l'état et de la condition des personnes. Les droits des nobles et des roturiers, des bourgeois et des vilains, des serfs et des francs, ne sont pas en toutes choses les mêmes. Les aubains et les bâtards sont, à certains égards, assimilés aux serfs. Le sexe influe aussi, jusqu'à un certain point, sur la jouissance des droits civils.

La capacité, quant à l'exercice des droits, est limitée à raison de l'âge et de la soumission à la puissance paternelle ou maritale.

La plupart de ces conditions pour la jouissance et l'exercice des droits, ou ne rentrent point dans notre plan, ou trouveront leur place plus bas. Nous n'avons à nous occuper

(1) Je cite toujours la dernière rédaction des coutumes qui en ont eu plusieurs, à moins que le numéro de l'article de la coutume ne soit précédé d'un A (ancienne coutume).

Digitized by Google

ici que de l'âge de la majorité, tant féodale que commune, et de l'âge réquis pour tester.

I. La majorité féodale est l'âge où le vassal peut lui-même relever le fief et le servir, et avant lequel le seigneur est tenu de bailler souffrance, si le fief n'a été relevé par un gardien ou baillistre qui en fait les fruits siens.

Les coutumes fixent la majorité féodale à des époques très-diverses, qu'on peut toutefois ramener à deux systèmes distincts.

Dans le premier, la majorité féodale est fixée, sans distinction de sexe, à vingt ans, comme en Normandie (198), en Bretagne (arg. art. 483), dans la Haute-Marche (200) et en Auvergne (XXII, 28); ou bien elle flotte, pour les mâles, entre dix-huit et vingt-un ans, pour les filles, entre quatorze et dix-huit: ce qui a lieu dans la France proprement dite, dans une partie du Vermandois et de la Champagne, dans presque tout l'Orléanais, dans le Maine, l'Anjou, la Touraine et le Bourbonnais (1).

Dans ce premier système, il est à remarquer que la fin

(1) *Pour les mâles :* *Pour les filles :*

A 21 ans. . . . . 15 ans . . . . . (Chartres, 42. Dreux, 31. Châteauneuf, 44.)
20 ans. . . . . 18 ans . . . . . (Mantes, 27.)
20 ans et un jour. . . 16 ans et un jour . . (Senlis, 155.)
20 ans. . . . . 16 ans. . . . . (Grand-Perche, 41. Bourbonnais, art. 173. 180.)
20 ans et un jour. . . 15 ans et un jour . . (Valois, 75. Clermont en Argonne, III, 14.)
20 ans . . . . . 15 ans. . . . . (Paris, 32. Étampes, 20. Dourdan, 31. Montfort, 22. Laon, 171. Châlons, 181.)
20 ans et un jour . . 14 ans et un jour. . . (Orléans, 24. Montargis, I, 28. Dunois, 11.)
20 ans . . . . . 14 ans. . . . . (Maine, arg. art. 99.

de la garde noble ou du bail coïncide ordinairement avec la majorité féodale, (1) quoique, dans quelques coutumes, elle arrive par exception dès l'âge de la puberté romaine, à quatorze ans pour les mâles et à douze ans pour les filles (2). La puberté est aussi l'âge où finit la garde bourgeoise dans la plupart des coutumes qui l'admettent (3). Dans les coutumes de Bar (69) et de Clermont en Argonne (XII, 9), la garde noble des mâles finit à seize ans, et celle de filles à quatorze ans.

Dans le second système, la fin de la garde noble ou du bail et la majorité féodale coïncident toujours, et sont fixées, pour les mâles à quatorze ou quinze ans, pour les filles à onze ou douze. Ce système est suivi dans l'Artois, la Picardie, une partie du Vermandois, la plus grande partie de la Champagne, le duché de Bourgogne, le Nivernais, le Berry et le Blaisois (4).

Pour les mâles : *Pour les filles :* 455. Anjou, arg. art. 86.)

18 ans et un jour. . . 14 ans et un jour. . . (Clermont en Beauvaisis, 91. Sens, 158.)

18 ans . . . . . 14 ans. . . . . (Touraine, 344. Loudunois, arg. XXXIII, 1. Melun, N. 32.)

(1) Paris, 268. Étampes, 89. Dourdan, 127. Montfort, 117. Mantes, 181. Clermont en Beauv., 172. 176. Valois, 75. Sens, 158. Chartres, arg. art. 41. Montargis, I, 28. Grand-Perche, 172. Touraine, 340. Loudunois, XXXIII, 1. Maine, 99. Anjou, 86. Bourbonnais, arg. 180. — En Normandie (223), la garde royale finit à 21 ans, toute autre garde à 20 ans.

(2) Laon, 261. Melun, 290. Marche, 74.

(3) Paris, 268. Étampes, 89. Montfort, 117. — Elle finit, par exception, à Dourdan (127) et à Reims (333) à 25 ans seulement.

(4) *Pour les mâles : Pour les filles:*

A 15 ans. . . . . 12 ans. (Vitry, 65.)

15 ans. . . . . 11 ans. (Boulenois, 77. Ponthieu, arg. art. 58.)

14 ans . . . . . 12 ans. (Amiens, 134. Péronne, 58. 226. Calais, 139. Chauny, 134. Saint-Quentin, 77. 98. Reims, 113.332. Chaumont,

Digitized by Google

Une disposition tout-à-fait exceptionnelle est celle de la coutume locale du Perche-Gouet: elle fixe la majorité féodale à quatorze ans, sans distinction de sexe (1).

II. La majorité coutumière en matières communes et non féodales, a été supplantée presque partout par la majorité romaine de vingt-cinq ans. Celle-ci a été expressément introduite en Auvergne (XIII, 1) du consentement des Etats; ailleurs elle avait prévalu dès avant la rédaction officielle des coutumes, et elle est ordinairement présupposée par les rédacteurs. La coutume de Vitry la réduit à vingt-quatre ans accomplis et le 25e entamé (2). Toutefois, dans le Ponthieu, l'Artois, le Maine et l'Anjou, et dans le bailliage de Montargis, l'ancienne majorité coutumière s'est seule conservée, et sous bon nombre de coutumes il en est resté des traces, l'âge de vingt-cinq ans n'ayant été exigé que pour l'aliénation des immeubles, non pour la jouissance et l'administration des biens, ni pour disposer des meubles.

Ces traces méritent d'être recueillies. On y reconnaît les deux mêmes systèmes indiqués il y a un instant pour la majorité féodale, mais autrement répartis sur le territoire de la France. Entre les coutumes qui, pour la majorité féodale, suivent le premier système, celles de Normandie (431), de Paris, (272. 289), Laon (56), Châlons (7. 8) et Clermont en Argonne (VI, 7), exigent vingt ans; celles d'Orléans (182.

Pour les mâles : Pour les filles : 12. Troyes, 18. Meaux, 145. 153. Duché de Bourgogne, VI, 4. Nivernais, IV, 5. Berry, I, 37. Blois, 8. 59.)

14 ans. . . . . 11 ans. (Artois, arg. art. 164.)

(1) Cout. de Chartres, art. 41. 42. — Sont muettes, quant à la majorité féodale et à la fin du bail, les cout. de Bassigny, Auxerre, Poitou, Angoumois, La Rochelle, et du comté de Bourgogne; quant à la majorité féodale seulement, la cout. de Bar.

(2) Cout. de Vitry, art. 65. — *Voyez* aussi cout. d'Anjou, art. 251, comparé à Clermont en Argonne, VIII, 23. Bourbonnais, 312. Haute-Marche, 267. Bretagne, 499. Normandie, 298.

Digitized by Google

183), de Touraine (arg. 346), de Loudunois (XXXIV, 1) et de la Marche (74. 83), au contraire, quatorze ou douze ans, suivant la différence des sexes (1). Les coutumes de Bourbonnais (173) et du Grand-Perche (172), fixent la majorité suivant les sexes à vingt ou à seize ans; celle de Montargis (VII, 5. 7), à vingt ans et un jour ou à quatorze ans et un jour. En Bretagne, le noble est émancipé à vingt ans; le roturier peut l'être à dix-sept ans (483. 493. 494). Dans l'Anjou (444) et le Maine (455. 456), la majorité des nobles est fixée à vingt ans pour les mâles, à quatorze pour les femmes; celle des roturiers l'est sans distinction de sexe à vingt ans, pour la disposition des immeubles sans intervention de la justice, à quatorze ans pour disposer des meubles, jouir de ses biens et les administrer (2).

Entre les coutumes qui, pour la fixation de la majorité féodale, suivent le deuxième système, celles de Ponthieu (58), Boulenois (119), Chauny (A. 137), Vitry (65) et du duché de Bourgogne (arg. VI, 3. 4. 6), font coïncider avec la majorité féodale la majorité commune. Celles de Péronne (234), Amiens (135) et Calais, (66. 80), au contraire, fixent cette dernière à vingt ans; celle de Rheims (6. 8. 9. 35), à vingt ou dix-huit ans selon les sexes. La coutume d'Artois (14) exige, selon cette même distinction, vingt ans ou seize pour aliéner ses immeubles, et quatorze ans ou onze pour administrer ses biens. Enfin les coutumes de Nivernais (XXII, 2. XXIII, 22. XXX, 5. 6) et de Berry (I, 14. 37. II, 34. XVIII, 10. XX, 1), font finir la tutelle à la puberté (à quatorze ou douze ans), mais exigent vingt ans pour certains cas particuliers (3).

(1) Telle était aussi l'ancienne fixation de la majorité dans les coutumes de Bourbonnais (33. 173) et d'Auvergne (XIII, 1).

(2) Dans la cout. du Maine, les meubles précieux ne peuvent être aliénés comme les immeubles qu'à 20 ans.

(3) On trouve aussi, pour certains cas particuliers, l'âge de 18 ans

Digitized by Google

Entre les coutumes muettes sur l'âge de la majorité féodale, celle d'Auxerre (arg. art. 218. 225) exige, suivant les sexes, vingt ou dix-huit ans pour l'ancienne majorité commune. Dans le Poitou, l'Aunis, la Saintonge et l'Angoumois, la majorité de vingt-cinq ans paraît avoir été plus qu'une importation récente des docteurs du droit romain. Toutefois, dans la Saintonge (art. 3), les nobles sont hors de toute tutelle ou curatelle dès vingt-un ans.

III. L'âge requis pour tester est le plus généralement de vingt ans aux mâles, et de dix-huit aux filles (1), ou de vingt ans sans distinction de sexe (2). Dans le Poitou (276), il faut vingt ou dix-huit ans, pour tester des immeubles, dix-sept ou quinze pour tester des meubles; dans l'Angoumois (119), le fils de famille peut tester à dix-sept ans. L'âge de tester est, dans le Berry (XVIII, 1), la pleine puberté fixée à dix-huit ans. Sous la coutume de Clermont en Argonne, il est de dix-huit ans pour les mâles, de quatorze ans pour les filles (3). Enfin, en Normandie (414-415), on peut tester du tiers de ses meubles à seize ans, et de tous ses meubles à vingt.

pour les mâles et de 14 ans pour les femmes prescrit par les cout. de Berry (I, 22), de Bourbonnais (174) et de la Haute-Marche (294).

(1) Paris, 293. Étampes, 103. Dourdan, 101. Montfort, 89. Mantes, 155. Péronne, 164. Amiens, 56. Laon, 59. Saint-Quentin, 20. Reims, 290. Châlons, 68. Sens, 68. Melun, 147. Grand-Perche, 131. Touraine, 324. Auxerre, 225. — Pour tester soit des immeubles en général, soit du moins des propres, il faut 25 ans, excepté à Saint-Quentin et à Sens.

(2) Calais, 86. 87. Bar, 74. Orléans, 293-294. — Pour tester des immeubles à Orléans, et des propres à Calais, il faut 25 ans.

(3) Cout. de Clermont en Argonne, VII, 2. Il faut 25 ans pour tester des immeubles autrement que pour causes pies.

Digitized by Google

II. *Des biens.*

1° Distinction des biens.

I. La coutume de Paris (88) dispose expressément qu'il y a deux sortes de biens seulement, c'est à savoir, meubles et immeubles (1).

D'après la plupart des coutumes, sont immeubles, les fonds de terre, avec les fruits pendans par branches et racines, et le poisson en fosses ou étangs; les maisons et édifices, avec ce qui y tient par fer, clou, crochet, cheville, chaux ou plâtre, et ce qui ne peut être enlevé sans fracture ou détérioration; enfin, tout ce qui a été mis à perpétuelle demeure et pour l'exploitation du fonds.

Par exception, les fruits ou du moins certains fruits, après certaines époques de l'année, le bois et le poisson, après un certain laps de temps, sont réputés meubles dans plusieurs coutumes, quoiqu'ils ne soient pas encore ameublis de fait par la séparation, la coupe ou la pêche (2).

Ces dispositions ne sauraient être considérées comme absolues, puisqu'on voit qu'elles ne s'appliquent pas toujours en cas d'extinction d'usufruit ou de douaire, ni en saisie de fief (3).

Mais ce qui est plus digne encore de remarque, ce qui

(1) La cout. de Calais, art. 1, contient la même disposition. Celle de Reims (art. 16) semble dire la même chose : Tous biens sont meubles ou immeubles, censés ou réputés pour meubles ou immeubles.

(2) Cout. de Boulenois, 139. Laon, 104. 105. Reims, 19. Châlons, 112. 113. Vitry, 37 *in fine*, 94 *circa med.* 114. Clermont en Argonne, X, 6. Blois, 229. Nivernais, XXVI, 1-5. Bourbonnais, 285. 374. Normandie, 488. 505.

(3) Pour la saisie de fief, *voyez* cout. de Nivernais, IV, 57. Bourbonnais, 374. — Pour le douaire, cout. de Vitry, 94. Laon, 40. Rheims, 252. Châlons, 252. — Cf. cout. d'Amiens, 123. Clermont en Beauvaisis, 165. Troyes, 86. Bretagne, 600. — *Secus* pour le douaire, Boulenois, 106.

Digitized by Google

explique en même temps la singularité que nous venons de signaler, c'est que quelques coutumes admettent une sorte de biens intermédiaires entre les meubles et les immeubles : les cattels ou catheux (1). Ce sont des biens réputés immeubles d'après la présomption générale, mais considérés néanmoins comme meubles dans certains cas particuliers, principalement en partage de communauté et de succession.

Par la coutume d'Artois (139. 141-144. 146), les granges, étables et maréchaucées (écuries), les blancs bois qui ne sont pas à coupe ordinaire, les blés verts et autres *advestures* après la mi-mai, sont catheux; et à ce titre, ils tombent en communauté, et vont à l'héritier des meubles (2). La coutume de Boulenois (73) règle de même, comme succession mobilière, les granges, étables et blancs bois (3).

Le nom de catheux ou cattels ne se trouve que dans les coutumes générales et locales d'Artois, dans les coutumes de Boulenois (82. 87), et dans celles de Montreuil (47) et de Beauquesne (10-12), locales d'Amiens. La chose se

(1) Cout. de Beauquesne, art. 10 : Bleds verds jusques à le my-may sont réputez immeubles; et depuis ledit temps sont réputez catheux, et après pied couppé, meubles.

(2) Mais bois à coupe ordinaire, est réputé immeuble, s'il n'est ameubli. Artois, art. 143, auquel déroge, par une disposition remarquable, la coutume du bailliage de Lilliers, tit. I, art. 8 : Chênes au dessus de 7 ans et en dessous de 60 ans sont réputés héritages (immeubles). — Les coutumes locales d'Arras (art. 4 et 5), vont encore plus loin que la générale d'Artois : Tous héritages situez esdites ville, loy, banlieue et eschevinage, sont de telle nature, qu'ils ne tiennent la cotte ne la ligne dont ils procèdent. Tous lesdits héritages sortissent nature de meuble. — Voyez des dispositions semblables. Lille, I, 6. La Bassée, 6. Salle de Lille, VII, 11. Esreux, art. unique. Ces dispositions tout-à-fait exceptionnelles introduisent un droit nouveau et favorable aux transactions des bourgeois dans un pays industrieux et marchand.

(3) Mais la douairière prend son douaire sur les granges et étables, qui sont par conséquent réputées immeubles quant au douaire. Coutume de Boulenois, 108.

Digitized by Google

trouve ailleurs. Tandis que les coutumes de Paris (231), Orléans (208), Bar (85), Bassigny (56), Calais (33), excluent les fruits pendans de la communauté, et obligent seulement l'époux propriétaire du fonds ou ses héritiers à rembourser la moitié des frais de culture, les coutumes de Troyes (88), Chaumont (74), Meaux (71), Montargis (VIII, 13), Châteauneuf (69), du Maine (256), d'Anjou (239), de Berry (VIII, 23), considèrent au contraire comme meubles et font tomber en communauté les fruits industriels produits à frais communs de semailles ou de culture, quoique la dissolution de la communauté arrive avant la récolte, et avant même que les travaux de culture soient terminés. Il en est de même, tant en partage de communauté qu'en succession, sous la coutume d'Auxerre (195), pour les blés incontinent après les semences faites, et pour les vignes à partir du 16 mai; et en partage de communauté seulement, sous la coutume de Nivernais (XXV, 2. 3), pour les fruits de la terre après les labourages parfaits, et dès avant les époques où, en d'autres cas, ils deviennent meubles (1). La coutume de Normandie (516) répute meubles les pépinières qui doivent être levées dans l'année de la dissolution du mariage, quant au partage entre la veuve et les héritiers du mari. La coutume de Blois (184. 185) déclare communs les fruits de l'année, y compris le poisson, si l'étang est en pêche l'année où la dissolution de la communauté arrive.

La coutume du Bourbonnais (284, 285) fait une distinction entre les fruits de la terre et le poisson : les premiers sont communs; le second, jusqu'à deux ans après l'empoissonnement, est immeuble et propre, à charge de restituer les frais au *prorata*, si mieux n'aime le propriétaire laisser les co-partageans prendre leur part dans la pêche. Ce système d'option, qui tient le milieu entre celui d'exclusion

(1) *Voyez* ci-dessus. — *Secus* pour le poisson : Nivernais, XXVI, 61.

Digitized by Google

de la communauté et celui de prolongation partielle de cette même communauté quant aux fruits non séparés du fonds, est aussi suivi par les coutumes de Chartres (60), Dreux (51) et Clermont en Argonne (V, 18), et par celle de Laon (23) pour les fruits de la terre.

Un quatrième système est celui des coutumes de Châlons (111. 114), tant pour les fruits de la terre que pour les bois taillis, et de Laon (106) pour le poisson et les taillis seulement. Ils se partagent comme meubles après les époques où la coutume les répute ameublis, et au *prorata* du temps qu'a duré la communauté, si elle vient à se dissoudre avant ces époques (1).

Enfin quand les coutumes de Montargis (XIII, 7) et de Dunois (78) décident que les meubles et conquêts immeubles, quant à la succession, sont réputés d'une même nature et condition, n'est-ce pas dire implicitement que les conquêts sont aussi en quelque sorte catheux? A ce titre, il n'y aurait guère de coutume qui n'admît cette troisième classe de bien. Mais, en laissant au nom de catheux sa signification propre et restreinte, on voit que les coutumes se divisent, quant à la distinction des biens, en coutumes qui ne reconnaissent que des meubles et des immeubles, et en coutumes qui admettent des meubles, des immeubles et des catheux.

Une fiction analogue à celle des catheux en matières de partages, fait considérer comme meuble soit ce qui tient aux fonds par fer, cheville ou plâtre, soit ce qui est mis

(1) C'est aussi *prorata* du temps qu'a duré la communauté que se partagent les fruits civils, arrérages, loyers, fermages; de sorte qu'entre époux et autres personnes communes les fruits civils sont censés s'ameublir jour par jour, tandis que la règle générale est qu'ils ne deviennent meubles qu'à l'échéance. — Par exception, les rentes et fermages sont quelquefois censés meubles, avant l'échéance, sitôt que les fruits pour lesquels ils sont dus ont été coupés ou recueillis. Cout. de Ponthieu, 57. Clermont en Argonne, X, 7. Orléans, 207, et Normandie, 510.

Digitized by Google

pour servir à l'exploitation, comme les cuves et pressoirs, lorsqu'il y a été mis non par le propriétaire, mais par l'usufruitier, le fermier, le locataire, qui peuvent l'enlever à charge de remettre les lieux en bon état (1). Ici se rangent aussi les constructions faites de bonne foi sur le sol dont on n'est point propriétaire, comme par le mari sur l'héritage propre de sa femme.

Par une fiction inverse de celle des catheux, la coutume de Normandie (519) répute immeubles les bateaux et navires après leur saisie.

II. La distinction des immeubles en fiefs, censives et francs-aleux, ne rentre pas par elle-même dans notre cadre, quoiqu'il en soit fait de nombreuses applications même dans les matières de droit civil. Il suffira d'observer que quelques coutumes distinguent entre les fiefs nobles et les fiefs restreints ou ruraux (2), et entre l'aleu noble et l'aleu roturier (3). D'autres coutumes opposent simplement les biens nobles aux biens roturiers.

Nous ferons plus bas un grand usage de la distinction des immeubles en propres, acquêts et conquêts.

Les propres, biens patrimoniaux ou de naissant (4), sont les immeubles descendus à leur possesseur par succession directe ou à lui échus en succession collatérale, auxquels on assimile les immeubles donnés en avancement d'hoirie ou retirés par retrait lignager, etc.

Tous les immeubles acquis à d'autres titres, par achat, ou par don entre étrangers, etc., s'appellent acquêts.

En communauté entre époux ou autres personnes, les immeubles propres à chacun, comprennent d'abord des

(1) Touraine, 226. Berry, IV, 5. Normandie, 517. 518.

(2) Cout. d'Amiens, 225. 232. Cout. de Nivernais, IV, 29.

(3) Paris, 68. Vitry, 19. 20. Troyes, 52.53. Clermont en Argonne, IV, 14-15.

(4) Plusieurs coutumes, à l'exemple des anciens coutumiers, les appellent aussi *héritages* par excellence.

Digitized by Google

propres de naissant, et de plus tous les acquêts fait avant le commencement de la communauté. Tous les acquêts en immeubles faits depuis et durant la communauté, jusqu'à sa dissolution, se nomment conquêts.

2° Saisine.

I. Le principe de la saisine, tel que j'ai essayé ailleurs de la rétablir d'après les chartes du douzième et les coutumiers des treizième, quatorzième et quinzième siècles (1), a laissé de nombreuses traces dans nos coutumes officielles.

L'action possessoire que ces dernières accordent, et que le Code de procédure a de nouveau consacrée, n'a pas d'autre fondement.

La complainte en cas de saisine et de nouvelleté, que quelques coutumes appellent aussi *applégement* (2), et celle de Normandie (50), bref de nouvelle dessaisine, ne peut être intentée que par le possesseur d'an et jour, pour trouble commis dans l'an, parce qu'autrement le nouveau détenteur aurait acquis la saisine, et que l'ancien l'aurait perdue.

Elle ne peut s'intenter que pour immeubles, pour droits incorporels immobiliers, et pour meubles formant une universalité de choses, une succession par exemple, ou garnissant un domaine immobilier. Pour meuble singulier, il ne compète point de complainte, point de remède possessoire: c'est ce que disposent expressément plusieurs coutumes (3), et notamment celle d'Auvergne (II, 9), dont le témoignage est d'autant plus significatif, que cette province est plus

(1) Voyez mon *Étude historique sur la saisine, Revue de législation et de jurisprudence*, t. II, p. 356-400.

(2) Bretagne, 103. Anjou, 234. 272. Maine, 251. 289. Touraine, 240. Loudunois, XXVII, 8. Poitou, 27-9293. La Rochelle, 25. 57. Angoumois, 117.

(3) Paris, 97. Montfort, 60. Clermont en Beauvaisis, 51. Calais, 231. Sens, 117. Clermont en Argonne, XXVII, 4. Orléans, 289. Montargis, XXI, 6. Bourbonnais, 91.

Digitized by Google

rapprochée des pays de droit écrit et même comprise en partie dans leurs limites. La seule coutume de Bretagne (103) paraît faire exception, puisque, d'après elle, « on peut for- » mer plégemens sur toutes choses qui se peuvent posséder, » tant meubles que immeubles, droits corporels que incor- » porels (1). »

Plusieurs coutumes ne font point mention de la complainte (2); d'autres l'indiquent d'un mot, sans en déterminer les effets ni les conditions. Elle était de droit commun en France: admise partout, identique partout, elle n'avait besoin ni d'explications ni de sanction nouvelle.

II. Le principe de la saisine est de même consacré, au pétitoire, en ce qui concerne les meubles. Meubles n'ont point de suite par hypothèque ni en exécution, quand ils ont été mis sans fraude hors de la possession du débiteur: c'est ce qu'attestent explicitement (3) ou implicitement presque toutes nos coutumes. Mais elles consacrent en même temps certaines exceptions à la règle, qui ne sont qu'une autre application

(1) On pourrait penser qu'il en est de même de la coutume de Ponthieu (142), qui accorde la complainte pour chose réelle ou *mobilière*. Mais toute la contexture de cet article prouve qu'il faut lire *immobilière*, ainsi que Guénois l'a observé.

(2) Sont muettes, les coutumes d'Étampes, Dourdan, Amiens, Boulenois, Artois, Vitry, Troyes, Chaumont, Bar, Bassigny, Meaux, Chartres, Dreux, Châteauneuf, Grand-Perche, Auxerre, Nivernais, Berry, du duché et du comté de Bourgogne. — Au reste, ces coutumes mentionnent elles-mêmes la saisine de l'héritier, qui consiste précisément dans le droit de se complaindre dans l'an de la succession échue. Après l'an, il faut venir par action.

(3) Paris, 170. Étampes, 69. Dourdan, 57. Montfort, 71. Mantes, 65. Senlis, 208. Clermont en Beauvaisis, 56. Valois, 158. Calais, 226. Rheims, 186. Châlons, 273. Troyes, 72. Chaumont, 65. Sens, 131. Bar, 60. Bassigny, 83. Clermont en Argonne, X, 4. Meaux, 123. Melun, 313. Montargis, XX, 15. Grand-Perche, 206. Blois, 268. Touraine, 220. Anjou, 421. Maine, 436. Auxerre, 129. Berry, IX, 9. Bourbonnais, 116. Auvergne, XXIV, 52. Haute-Marche, 400. La Rochelle, 60. Duché de Bourgogne, V, 4. Comté de Bourgogne, 104.

Digitized by Google

du principe. Le locateur peut suivre les meubles, fruits, engrais, etc., qui garnissaient sa maison ou se trouvaient sur son champ, lorsqu'ils ont été enlevés sans son consentement (1). Le droit de suite appartient aussi à celui qui a vendu sans terme, lorsqu'il n'est pas payé du prix (2). Toutefois, dans l'un et dans l'autre cas, le droit de suite cesse, dès que les choses enlevées ou vendues ont été revendues par autorité de justice, ou même autrement à un tiers, suivant quelques coutumes. Mais par la vente judiciaire, l'acheteur d'un meuble est assuré contre tous, si ce n'est chose furtive (3).

Cette autre règle, qu'en fait de meubles possession vaut titre, ne se trouve point écrite dans nos coutumes: quelques unes accordent même le droit de suite, l'aveu (4) ou revendication de propriété mobiliaire, et l'action *ad exhibendum* pour en faciliter l'exercice (5). Mais la coutume de Reims (406) ne l'accorde qu'à celui qui est dessaisi, c'est-à dire qui a perdu la possession ou saisine de fait contre son gré, et non par tradition volontaire de la chose à quelque titre que ce puisse être; celles d'Étampes (167), de Melun (325) et d'Orléans (454) exigent que la chose ait été trouvée et vue à l'œil en la possession d'un tiers, et celle d'Orléans se sert même de l'ancien terme technique d'entiercement. Enfin les coutumes du Maine (161. 435) et d'An-

(1) Paris, 171. Dourdan, 57. Montfort, 71. Mantes, 65. 92. Amiens, 156. Laon, 274. Châlons, 271. Rheims, 186. 387. Orléans, 415. 416. Grand-Perche, 206. Blois, 268. Auxerre, 129. Nivernais, XXXII, 17. 19. Berry, IX, 38. 46. Bourbonnais, 118. 125. — Je ne cite que les coutumes qui parlent nettement du droit de suite contre les tiers, et non du droit qu'a le locateur de contraindre le locataire ou fermier à remettre les meubles qu'il a enlevés.

(2) Dourdan, 144. Montfort, 181. Mantes, 65. 192. Calais, 244. Reims, 398. Grand-Perche, 206.

(3) Blois, 268.

(4) Aveu de meuble : Anjou, 146. Maine, 161. 436. Saintonge, 114. La Rochelle, 20.

(5) Étampes, 167. Melun, 325. Blois, 269.

Digitized by Google

jou (146. 420), disposent que, quand celui qui est trouvé saisi et vêtu de la chose ne peut s'excuser par garant ou autrement, il demeure criminel : ce qui indique suffisamment qu'il s'agit de la revendication d'une chose volée; d'autant que le demandeur, s'il succombe, est lui-même puni d'amende arbitraire. C'est à ce cas que s'applique la prescription pour meubles après trois ans de possession publique (1).

Les choses mobiliaires trouvées ou perdues, que la coutume de Normandie appelle choses gaives, et les autres coutumes épaves (particulièrement les animaux domestiques égarés) peuvent être suivis et revendiqués, mais dans un très-bref délai seulement. Après l'expiration de ce délai, le seigneur dans la justice duquel elles ont été trouvées, les peut faire vendre, et faire son profit du prix, si le propriétaire ne se présente dans un nouveau délai très-court, de six semaines au plus. Il n'est d'an et jour que dans les seules coutumes de Normandie et de Boulenois (2).

Ce n'est donc qu'en cas de perte fortuite, involontaire, de la saisine, et non en cas de tradition de la chose, que le

(1) Anjou, 419. Senlis, 214. Amiens, 163. Maine, 434. Clermont en Argonne, XIV, 8. Melun, 169. Comté de Bourgogne, 51. — Cette prescription de 3 ans pour meubles n'a pas lieu en Berry (XII, 10). En Bretagne (284) il faut 5 ans; dans le Boulenois (120), 20 ans.

(2) Péronne, 17-18. Amiens, 190. Boulenois, 22. Chaumont, 93. Sens, 11. Bar, 32. Bassigny, 8. Clermont en Argonne, I, 27. Meaux, 204. Melun, 7-8. Orléans, 163 suiv. Montargis, V, 1. Touraine, 52-53. Loudunois, III, 1-2. Maine, 47. Anjou, 40. Auxerre, 14. Nivernais, I, 1-4. Berry, II, 7 suiv. Bourbonnais, 336. Auvergne, XXVI, 1 suiv. Haute-Marche, 321. Poitou, 302-303. Normandie, 604 suiv. Bretagne, 47. Duché de Bourgogne, I, 1-3. Comté de Bourgogne, 59. — Les abeilles peuvent être revendiquées quand elles sont suivies à l'œil. (Amiens, 190. Touraine, 54. Loudunois, III, 3. Maine, 13. Anjou, 12. Bourbonnais, 337. Auvergne, XXVI, 7. Haute-Marche, 325); le poisson des étangs ne peut l'être qu'en montant (Orléans, 171-172. Blois, 228-229), c'est-à-dire en tant qu'immeuble seulement, et non comme meuble.

Digitized by Google

droit de suite reste au propriétaire (1). La coutume d'Orléans (456) ne fait peut-être exception qu'en apparence, en permettant la distraction par le propriétaire d'un meuble saisi sur un tiers détenteur. La coutume de Calais (226) veut au contraire que, tant qu'ils se trouvent en la possession du débiteur, les meubles puissent être saisis, nonobstant toutes aliénations et transports que le débiteur en pourrait avoir faits. Cette même coutume (249) et celle de Paris (182) permettent la distraction du dépôt lorsqu'il est trouvé en nature entre les mains du dépositaire. Les coutumes de Berry (XVII, 8, 10) et de Nivernais (XXI, 16), permettent de suivre le cheptel vendu par le preneur ou exécuté sur lui. Les autres coutumes sont muettes.

III. Pour acquérir la saisine de droit d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier, le principe, dans sa rigueur primitive, exigeait pour tous ceux que la coutume ne saisit pas de droit (comme elle fait l'héritier, dans certaines coutumes la douairière, etc.), la tradition ou la prise de possession, non de fait, mais judiciaire, savoir: la foi et hommage, ou la souffrance baillée par le seigneur, qui vaut foi, pour les fiefs; la dessaisine de l'ancien possesseur et l'ensaisinement de l'acquéreur par le seigneur censuel, pour les censives ou vilenages; l'insinuation devant la justice ordinaire pour les aleux; ou, enfin, en cas de contestation, la main assise et mise de fait par justice confirmées par décret. La préférence était accordée à la priorité, de cette saisine de droit et non à la priorité de l'acte translatif de propriété, ou constitutif de rente ou d'hypothèque.

Cet ancien système, qui considérait comme obligation pure, personnelle tout droit sur chose immobilière non

(1) Il ne reste pas seulement au propriétaire, mais à tout détenteur dessaisi : « Et peut le créancier poursuivre ledit gage (dont il avait été nanti), s'il vient en main tierce, quand par quelque façon, outre son gré, il est sorti hors de ses mains. » *Coquille*, question 63.

Digitized by Google

réalisé ou nanti par l'une des formes prescrites ne s'est conservé que dans les coutumes dites *de saisine et de nantissement*, c'est-à-dire dans la Picardie, excepté Montdidier et Calais, dans l'Artois, à Chauny dans le Vermandois, excepté Châlons et dans tout l'ancien ressort de Senlis (1). Les seigneurs devant lesquels les dessaisine et saisine, vest et devest se devaient faire, étaient tenus d'en tenir registre à part à leurs greffes, s'ils en avaient, sinon, au greffe du plus prochain juge royal du lieu (2).

Toutefois, la femme mariée et les mineurs ont hypothèque tacite pour la conservation de leurs droits (3); la coutume d'Amiens admet même toutes les hypothèques tacites du droit écrit (4). D'autres dérogations sont introduites par la coutume de Senlis, sous laquelle appréhension de fait vaut saisine (5); par celles de Péronne (265) Chauny (34-35), Laon (129-130) et Reims (167-168), où jouissance de dix ans équipolle à saisine, etc. Certaines charges réelles sont aussi dispensées du nantissement.

L'influence du droit romain, de ce droit si peu soucieux des garanties de publicité consacrées par notre ancien droit coutumier, et que le code civil n'a qu'imparfaitement restituées, est ici évidente. Son triomphe fut bien plus complet dans le reste de la France, excepté en Bretagne, où l'on suivait un système analogue à celui de la saisine et du nantissement, le système des *appropriances*.

(1) Cout. de Senlis, 216-275. Clermont en Beauvaisis, 36-37. Valois, 13, 19, 188, 189. Péronne, 258, 259, 264. Amiens, 137, 140 et suiv. Ponthieu, 4, 5, 113. Boulenois, 61, 115, 117. Artois, 43, 71, 75. Chauny, 9, 10, 30, 32, 33, 55. Laon, 116, 119, 126, 128. Reims, 166, 176, 230. — Cout. de Calais, 228. Châlons, 133.

(2) Péronne, 260. Laon, 124. Reims, 177.

(3) Péronne, 269. Laon, 124. Reims, 182.

(4) Amiens, 139. Étendu aux coutumes de Ponthieu et du Boulenois par arrêt de 1639.

(5) Senlis, 211-212. — Sous la coutume de Laon, 033, elle vaut saisine en franc-aleu. La cout. de Péronne dispense aussi de la saisine en franc-aleu, art. 267.

Digitized by Google

Sous la coutume de Bretagne, tout acquéreur d'immeubles, de servitudes, ou d'autres droits réels peut prendre possession actuelle en vertu du titre qu'il tient du possesseur actuellement saisi par an et jour, par lui ou ses prédécesseurs. Après cette prise de possession, trois bannies doivent être faites par trois dimanches consécutifs, après l'issue de la grand'messe des paroisses où les immeubles sont situés, en indiquant la cour prochaine ou supérieure par laquelle l'acquéreur entend s'approprier. Aux prochains plaids généraux de cette cour, les bannies sont rapportées et certifiées en jugement, huitaine franche au moins après la dernière bannie. Après la certification duement faite, aucune opposition n'est plus reçue, et l'acquéreur est approprié. Il y a seulement délai d'an et jour pour ceux qui étaient absens du duché au temps de la certification des bannies (1).

Ailleurs il ne s'est conservé quelques traces de l'ancien système de saisine et de nantissement que dans l'insinuation des donations entre vifs ou la prise de possession réelle des choses données, prescrites par quelques coutumes, et dans l'inféodation, l'ensaisinement ou l'insinuation requis par plusieurs autres pour faire courir l'an du retrait (2).

(1) Cout. de Bretagne, art. 269. 270, 273, 280. Ces dispositions ne sont pas en opposition avec l'article 177 de la même coutume.

(2) Pour la possession réelle en fait de donations, *voyez* plus bas. — Pour le délai du retrait, il y a grande diversité. Il court à partir de l'inféodation pour les fiefs et de l'ensaisinement pour les censives (Étampes, 170. Dourdan, 132. Montfort, 160. Mante, 72. Meaux, 88-89. Melun, 130), et pour les aleux, à partir de l'insinuation du contrat (Paris, 130-132) ou de la possession réelle (Châlons, 226. Troyes, 144. Vitry, 126. Chaumont, 112); — ou bien à partir de l'inféodation pour les fiefs et de la possession réelle pour toutes les rotures (Bassigny, 107. Clermont en Argonne, XVI, 2.) — Ailleurs, il court du jour de l'insinuation en justice (Calais, 143. Poitou, 319. Angoumois, 80. La Rochelle, 33. Saintonge, 50), ou de la publication du contrat (Normandie, 452), ou de la prise de possession réelle (Chartres, 67. Châteauneuf,

Digitized by Google

IV. Le droit coutumier paraît n'avoir admis originairement d'autres prescriptions que la prescription immémoriale, qui décidait au pétitoire entre plusieurs saisines de fait, et la prescription d'an et jour, qui rendait incommutable la saisine de droit, de même que la saisine de fait, continuée par an et jour, engendrait la complainte au possessoire. Mais, par la désuétude de l'insaisinement et du nantissement judiciaires, les immeubles retombèrent sur la loi des meubles ; la simple tradition volontaire, réelle d'abord, fictive ensuite, suffirent pour transmettre les droits de propriété ou de charges réelles sur immeubles; ou bien l'on considéra la seule convention, le titre destitué de toute publicité, comme procurant la saisine de droit. Le droit de suite, l'action réelle, furent dès lors exclus par la dessaisine volontaire, quoique extra-judiciaire ou par l'effet seul du contrat. Ils ne pouvaient plus être admis que dans le cas de contestation entre des personnes élevant des prétentions contradictoires sur le même immeuble, sans dériver leur droit l'une de l'autre, de telle sorte que l'une d'elles paraissait désaisie par l'autre *outre son gré*. Dans ce cas, et à défaut de l'investiture solennelle et publique, on ne peut plus admettre le court délai d'an et jour pour décider par la prescription entre les parties adverses; et s'en rapporter à la prescription immémoriale, sans le correctif qui l'accompagnait dans l'ancien droit, c'eût été rendre les contestations interminables. Il

77. Nivernais, XXXI, 2. Bourbonnais, 422. Auvergne, XXIII, 2. Comté de Bourgogne, 67), ou enfin de la possession et interposition de décret (Baf, 144) sans distinction entre les diverses natures des biens. — A Orléans (363-364), à dater de l'inféodation pour les fiefs, et du simple contrat pour les rotures. Les coutumes de Sens, 32. Montargis, XVI, 1-2. Dreux, 59. Grand-Perche, 177. Blois, 193. Du Maine, 361. D'Anjou, 346. Auxerre, 154-185. Berry, XIV, 1. Haute-Marche, 260, le font courir de la date de la vente; celles de Touraine, 152-153. Loudunois, XV, 1, XXVII, 3. Du duché de Bourgogne, X, 1, ne s'en expliquent pas clairement. En Bretagne, le délai du retrait se confond avec celui des oppositions à l'appropriance, 270, 274, 302.

Digitized by Google

était donc naturel d'accueillir avec faveur la prescription romaine de dix et vingt ans avec titre, et de trente ans sans titre : c'est elle, en effet, qui a été adoptée par le plus grand nombre des coutumes (1), entre autres même par plusieurs de celles qui avaient conservé le système de saisine et de nantissement : la conciliation de cette contradiction apparente, se trouve dans la dispense de l'ensaisinement judiciaire pour le franc-aleu et certaines charges réelles, et dans la règle que possession de dix ans équipolle à saisine.

Un autre système, suivi dans une partie du centre et du sud-est de la France coutumière, ramène toutes les prescriptions à trente ans, avec ou sans titre, entre présens ou absens (2).

Toutefois, dans ces deux systèmes, l'action hypothécaire ne peut, par exception, être prescrite contre son titre par l'obligé et ses héritiers (3), ou même, sous quelques coutumes(4), par les tiers détenteurs (5), que par quarante ans.

(1) Paris, 113, 114, 118. Étampes, 63-65. Dourdan, 73-74. Montfort, 61-63. Mante, 108-109. Calais, 205, 206, 210. Châlons, 145. Vitry, 134-136. Bar, 189. Bassigny, 171. Clermont en Argonne, XIV, 1-2. Meaux, 80-82. Melun, 170-172. Dreux, 66. Grand-Perche, 209. Blois, 192. Auxerre, 188. Haute-Marche, 90-91. Saintonge, 111.—Senlis, 188-189. Clermont en Beauvaisis, 66, 67, 70. Valois, 119, 120, 123. Péronne, 210-211. Amiens, 160-161. Chauny (65-66.) Laon, 141-142. Rheims, 180-181. — La coutume de Poitou (372) admet la prescription de 10 et 20 ans, avec titre; mais il suffit d'alléguer son titre et de le jurer, sans autre exhibition, à moins qu'on ne se prévale du titre de son prédécesseur (373). — Les coutumes de Troyes, Chaumont, Sens, Chartres, Châteauneuf, La Rochelle et Angoumois sont muettes.

(2) Orléans, 260-261. Montargis, XVII, 1. Nivernais, XXXVI, 1. Berry, XII, 1. Bourbonnais, 23. Auvergne, XVII, 1-2. Duché de Bourgogne, XIV, 1. Comté de Bourgogne, 51.

(3) Mante, 109-111. Senlis, 191. Péronne, 213. Calais, 214. Chauny, 67. Laon, 143. Reims, 381-383. Châlons, 148. Vitry, 137. Clermont en Argonne, XIV, 4. Melun, 174. Orléans, 261. Montargis, XVII, 1.

(4) Grand-Perche, 211. Dans cette coutume (213) il faut aussi 40 ans

Digitized by Google

On ne prescrit aussi contre l'Eglise que par quarante ans (1).

Un troisième système fixe la prescription dans le Ponthieu (115) et le Boulenais (120), à vingt ans, avec ou sans titre, entre présens ou absens, et dans l'Artois (72, 73), avec ou sans titre à vingt ans entre présens, et trente ans entre absens; sauf toujours le privilége de l'Eglise (2).

En Normandie (60, 521), la prescription de quarante ans vaut titre en toute justice, pour quelque cause que ce soit; mais, dans les quarante ans, chacun peut revendiquer un héritage qui lui appartient et qui a appartenu à ses prédécesseurs, et dont la possession a été perdue depuis quarante ans.

Ce quatrième système a été suivi en Bretagne avec quelques modifications résultant du système des appropriances. Pour prescrire sans titre, il faut quarante ans; avec titre et possession réelle, quinze ans; avec titre, prise de possession et certification en jugement d'une seule bannie au lieu de trois, dix ans (3).

Enfin le premier système, modifié par le tennement de cinq ans, a été suivi par les coutumes de Touraine, Loudunois, du Maine et d'Anjou. En général, on prescrit par dix et vingt ans avec titre, et sans titre par trente ans, pour la propriété des immeubles, les cens et rentes foncières, ainsi que pour toutes les hypothèques, charges et rentes constituées à prix d'argent depuis plus de trente ans. Pour les charges créées depuis trente ans au moins, la prescription en est acquise par celui qui a possédé l'immeuble grevé, franchement et sans interruption l'espace de cinq ans, pourvu

pour prescrire la rente foncière. Les cens et rentes féodales et seigneuriales sont imprescriptibles, quoique la quotité et le mode puissent se prescrire, ainsi que les arrérages échus.

(1) Excepté sous les coutumes de Berry (XII, 1) et d'Auvergne (XVII, 1-2), qui n'exigent que 30 ans.

(2) Dans le Boulenois, il faut alléguer titre, sans le vérifier.

(3) Cout. de Bretagne, art. 271, 272, 275, 282.

Digitized by Google

qu'il n'ait acquis l'immeuble à ces charges (1). Entre les acquéreurs de ces hypothèques en rentes constituées depuis trente ans seulement, le premier en date, quoiqu'il n'ait pas pris possession est préféré; mais il perd son rang, quand il laisse un créancier postérieur prendre possession ou faire poursuite et diligence, sans *l'interrupter* dans les cinq ans, et, dans ce cas, les seconds et subséquens créanciers priment le premier, qui peut toutefois recouvrer le droit de venir à contribution avec eux, si ceux-ci le laissent prendre possession ou faire diligence, sans l'interrupter à leur tour; que si le premier en date avait pris possession avant les derniers, ceux-ci, par le tennement de cinq ans sans interruption, n'acquièrent que le droit de venir à contribution avec lui. Toutefois, ce système d'interruption n'a lieu que dans le Maine (479-481) et l'Anjou (476, 9); dans la Touraine (210-215) et le Loudunois (XX, 6, XXII, 3) le premier est toujours préféré pourvu qu'il ait pris possession ou fait des poursuites, quand même les derniers créanciers l'y auraient prévenu; mais si les derniers sont seuls en possession, ils priment le premier, et quand aucun ne possède, ils viennent tous à contribution.

Dans le sixième et dernier système, le privilége de l'Eglise de ne perdre son droit que par la prescription de quarante ans, ne s'applique qu'aux biens qui sont de l'ancien domaine de l'Eglise, ou qui ont été acquis par elle depuis plus de quarante ans (2).

V. Le très-grand nombre des coutumes décide que les servitudes ne portent point saisine et possession, et qu'on

(1) Touraine, 208-209. Loudunois, XX, 1; 4, 7. Maine, 437, 439, 445, 446, 484, 499. Anjou, 422, 424, 430, 431, 437, 438, 478. — Par la coutume de Loudunois (XX, 9) l'action hypothécaire dure 40 ans contre l'obligé et ses héritiers.

(2) Loudunois, XX, 7-9. Maine, 446, 459, 461. Anjou, 431.

Digitized by Google

ne peut les acquérir par prescription, même centenaire, mais qu'il faut titre exprès ou fait équivalent à titre, comme la destination du père de famille.

Cette règle a pourtant des exceptions : A Mante (94) et à Reims (350), elle n'a lieu que dans les villes et faubourgs; hors des villes on suit les prescriptions du droit écrit. Dans l'Anjou (450), les servitudes de maisons sont imprescriptibles, les rurales se prescrivent par trente ans. Il en est de même à Clermont en Argonne (XIV, 5) pour toutes les servitudes, excepté les rues et égouts en édifices, qui ne peuvent se prescrire par quelque temps que soit. Les coutumes de Bar (171-177-179), Meaux (75), Berry (XI, 2-4) et Nivernais (X, 2) admettent la prescription de trente ans pour les servitudes, mais seulement à partir de la contradiction expresse qui serait faite à leur exercice par le possesseur du fonds servant. Toutes servitudes s'acquièrent, suivant les coutumes de Laon (145) et de Châlons (144), par trente ans; suivant celle de Chauny (69) et d'Amiens (165) par quarante ans; suivant celle du Grand-Perche (216) par la possession immémoriale (1).

Mais c'est une règle sans exception que le pied saisit le chef; que par conséquent le dessus et le dessous appartiennent à celui qui possède la surface du sol, s'il n'y a titre au contraire, aucune possession ni prescription ne pouvant à cet égard dispenser du titre.

D'un autre côté, les règles sur les prescriptions des servitudes ne s'appliquent qu'à celles qui procèdent du fait de l'homme, et cèdent à la présomption légale de celles que la coutume établit de plein droit, comme la mitoyenneté des murs et la distance à observer pour faire des constructions près du mur mitoyen ou non, qui sépare deux fonds voisins.

La franchise des servitudes s'acquiert ordinairement

(1) Les coutumes de Ponthieu, Artois, Vitry et Chaumont, sont muettes quant à la prescription acquisitive des servitudes.

Digitized by Google

par trente (1) et quelquefois par quarante (2) ou par vingt ans (3).

3° Engagemens.

Les coutumes contiennent quelques dispositions sur les obligations, les actions et les exécutions.

Les unes se rapportent à la procédure, et sont par conséquent en dehors du cadre que je me suis prescrit. Celles qui concernent le droit civil proprement dit sont trop incomplètes pour qu'il y ait lieu de s'y arrêter dans une esquisse qui se borne aux textes officiels et positifs que les coutumes peuvent nous fournir.

Le droit coutumier, en fait d'engagement, consistait principalement en une suite de dérogations tacites au droit romain, qui, pour ces matières et dans ces limites, devint de bonne heure prépondérant même dans la France coutumière. C'est à la jurisprudence, aux recueils d'arrêt et aux écrits des jurisconsultes, plutôt qu'aux coutumes écrites, qu'il faut s'adresser, pour apprendre comment la théorie romaine des obligations s'appliquait et se modifiait en France.

III. *De la famille.*

1° Mariage.

La femme est en la puissance de son mari: elle ne peut ester en jugement si elle n'est autorisée de lui ou de justice; elle ne peut disposer de ses biens entre vifs, ni s'obliger, sans le consentement de son mari, si elle n'est séparée ou marchande publique.

Le mari, comme bail de sa femme, relève les fiefs qui appartiennent à celle-ci, ou qui lui échéent durant le ma-

(1) Cout. de Paris, 186. Calais, 172. Orléans, 226.
(2) Cout. de Normandie, 608.
(3) Cout. de Ponthieu, 115.

Digitized by Google

riage (sauf les coutumes où l'aîné garantit ses sœurs du relief de leur premier mariage) ; il administre les biens de sa femme, exerce ses actions mobilières et possessoires, mais ne peut aliéner ni hypothéquer ses immeubles sans son consentement.

La puissance maritale est explicitement ou implicitement reconnue par toutes les coutumes sans exception. Il n'en est pas qui ne mentionnent au moins une de ses conséquences.

Les coutumes d'Artois (86), de Bar (108), de Clermont en Argonne (VII, 7) et de Normandie (417) soumettent même le testament de la femme à la condition du consentement du mari.

Dans les coutumes d'Artois (87) et d'Auvergne (XIV, 1) la fiancée passe déjà, comme la femme mariée, sous la puissance de son futur époux.

II. Le mariage émancipe, c'est-à-dire que, par le plus grand nombre des coutumes, homme et femme conjoints par mariage sont réputés âgés et à leurs droits, hors de puissance, de garde et de tutelle; habiles à administrer leurs biens, à ester en justice, contracter, s'obliger et tester, sans pouvoir toutefois aliéner ni hypothéquer leurs immeubles.

L'émancipation par mariage n'a lieu que pour la femme seulement sous les coutumes de Normandie (227, 230), Auvergne (XIV, 12), Haute-Marche (298), Montargis (VII, 5, 6), du duché (IV, 1) et du comté de Bourgogne (24).

La coutume de Poitou répute aussi la fille tant noble que roturière pour émancipée par le seul fait du mariage, tandis que pour le mâle noble il faut une émancipation expresse, et pour le roturier, mariage et demeure séparée par an et jour (1). Cette dernière disposition est aussi celle de la coutume d'Angoumois (120). Sous la coutume de Saintonge

(1) Cout. de Poitou, art. 225, 276, 342, 344.

Digitized by Google

(art. 2, 73) il faut pour l'émancipation des mâles, tant nobles que non nobles, âge, mariage et demeure séparée; tandis que le mariage à lui seul émancipe les filles.

La coutume de Bourbonnais (166), permet au père qui marie son fils de retenir par le contrat la puissance qu'autrement il perdrait par l'effet du mariage. La fille mariée est irrévocablement émancipée (232).

Le mariage n'émancipe point quant aux fiefs, et ne tient pas lieu de la majorité féodale (1).

III. Dans tonte la France coutumière, excepté l'Auvergne, la Haute-Marche et la Normandie, homme et femme conjoints par mariage sont communs en tous biens meubles et conquêts immeubles, et fruits des immeubles propres, ainsi qu'en toutes dettes mobilières, tant actives que passives, chacune pour moitié (2).

Mais par une coutume tout aussi générale, le mari est chef et seigneur de la communauté, et il en peut disposer entre vifs à sa volonté, sans le concours ou le consentement de la femme, ensorte qu'il semble que celle-ci n'y ait rien durant le mariage, c'est ce qui a donné lieu aux rédacteurs de la coutume de Reims, de faire précéder une série d'articles qui consacrent les principaux effets de la communauté (3) par cette disposition étrange (art. 239): « homme

(1) Cout. de Melun, art. 34. — Sont muettes, les coutumes de Senlis, Péronne, Amiens, Ponthieu, Boulenois, Artois, Chauny, Vitry, Chaumont, Maine et Anjou. Toutes les autres coutumes admettent l'émancipation par mariage.

(2) Autrefois, sous la coutume de Chaumont, il y avait diversité, et la femme, en quelques lieux, ne prenait qu'un tiers, et le mari les deux tiers. Voy. le préambule de l'art. 67. Dans l'Artois (135), les acquêts de fiefs n'entrent pas en communauté et la femme n'y a aucun droit si elle n'en a été saisie actuellement.

(3) Art. 240, 242, 265, 269. Toutefois que les héritiers de la femme ne succèdent qu'à la moitié des conquêts, les meubles restant au mari seul. Voyez aussi la cout. du comté de Bourgogne (27-29), qui, entre

Digitized by Google

» et femme conjoints par mariage ne sont uns et communs » en biens meubles et conquêts immeubles faits durant et » constant le mariage : ainsi le mari seul, sans l'advis et » consentement de sa femme, en peut disposer comme et à » qui bon lui semblera. »

IV. Régulièrement, la communauté commence dés le jour de la bénédiction nuptiale, et plusieurs coutumes en ont la disposition expresse (1). Dans les coutumes du Grand Perche (102, 103), de Loudunois (XX, 1), du Maine (508) d'Anjou (511) et de Bretagne (424, 469), la communauté n'a lieu, par exception, qu'entre époux qui ont demeuré ensemble par an et jour, mais avec effet rétroactif au jour du mariage. Il en est de même sous les coutumes de Chartres (57-59), Dreux (48-50) et Châteauneuf (66-68) pour les mariages en premières noces ; mais si l'un des époux a déja été marié précédemment, la nouvelle communauté a lieu dès la première nuit de leur mariage.

V. La communauté est dissoute par la mort de l'un des époux, et se partage par moitié entre le survivant et les héritiers du prédécédé. La veuve noble seulement, sous les coutumes de Senlis (147), Clermont en Beauvaisis (188), Valois (97), Troyes (12), et Chaumont (7), la veuve noble ou non noble, sous la plupart des autres coutumes, peuvent renoncer à leur part dans les meubles et conquêts de la communauté, et partant rester quittes de leur part des dettes. La coutume de Berry (VIII, 9) permet seulement

roturiers, semble ne comprendre dans la communauté que les conquêts et non les meubles; quoique Dumoulin soutienne le contraire.

(1) Paris, 220. Étampes, 96. Dourdan, 77. Mantes, 119. Valois, 94. Péronne, 112. Calais, 23. Laon, 17. Châlons, 19. Clermont en Argonne, V, 1. Melun, 211. Touraine, 230. Nivernais, XXIII, 2. Berry, VIII, 7. Poitou, 229, Angoumois, 40. Saintonge, 62. — Il faut entendre de même les coutumes muettes.

Digitized by Google

de stipuler par contrat de mariage que la veuve pourra renoncer à la communauté (1).

VI. Dans plusieurs coutumes, la femme survivante, ou en général le survivant, prend hors part, ou emporte même, en cas de renonciation à la communauté, une partie de ses vêtemens ou autres objets mobiliers (2).

Entre nobles, le survivant gagne tous les meubles, s'il n'y a pas d'enfans (3), ou même quand il y a des enfans, suivant plusieurs coutumes (4). La coutume du comté de Bourgogne (25) ne donne ce droit qu'au mari noble survivant; celle de Bar (78) semble le donner au survivant sans distinction de nobles ou de non nobles (5); le survivant qui prend la totalité des meubles est tenu d'acquitter la totalité des

(1) Les coutumes de Sens, Montargis, Chartres, Dreux, Chateauneuf, Blois et du Maine sont muettes. Celle de Poitou (252) est douteuse.

(2) Amiens, 101. Ponthieu, 48. Chauny, 130-133. Laon, 22-27. Rheims, 242. Châlons, 20-30. Bar, 80. Basssigny, 54-149 Touraine, 293-307. Loudunois, XXVII, 33, XXIX, 10-11. Bretagne, 436.

(3) Paris, 238. Etampes, 98. Montfort. 133. Mantes, 131. Calais, 39. Châlons, 28. Vitry, 74. Troyes, 11-12. Chaumont, 6-7. Sens, 83. Bassigny, 45. Meaux, 49 et suiv. Montargis, I, 40. Touraine, 247, 268, 270, 319. Berry, VIII, 13.

(4) Senlis, 146. Clermont en Beauvaisis, 189. Péronne, 126. Chauny, 17, 18, 129, 130, Laon, 20-21. Reims, 279-281. Clermont en Argonne, V, 8. Chartres, 57-87. Dreux, 75. Châteauneuf, 66. Loudunois, XXVII, 14. — Par la coutume de Melun (218), le survivant quand, il y a enfans, rend les meubles, s'il se remarie. Voyez plus bas, les coutumes où le survivant fait les meubles siens à titre de gardien ou de bail.

(5) Les nobles prétendirent que l'ancienne coutume de Blois donnait au survivant tous les meubles et tous les conquêts, et ils appelèrent de l'article 182 de la coutume qui ordonne le partage par moitié des meubles et des conquêts entre nobles comme entre roturiers. — Ce privilége (229-240) du survivant noble n'a lieu dans l'Anjou (238) et le Poitou que par coutume locale; il n'a pas lieu à Orléans (Voyez Montargis, I, 40): la coutume d'Orléans est muette ainsi que celles de Dourdan, d'Amiens, de Ponthieu, de Valois, de Boulenois, d'Artois, de Grand-Perche, du Maine, d'Auxerre, de Nivernais, de Bourbonnais, d'Angoumois, de la Rochelle, de Saintonge, de Bretagne et du duché de Bourgogne.

Digitized by Google

dettes; aussi la femme peut-elle y renoncer, tandis que le mari, quelque renonciation qu'il fasse aux meubles, ne peut se soustraire au paiement des dettes qu'il a contractées comme seigneur de la communauté (1).

Les coutumes de Valois (62) et de Clermont en Argonne (V, 8) donnent au survivant noble l'usufruit de la moitié des conquêts échus aux héritiers du conjoint prédécédé (2).

VII. Faute d'inventaire ou de partage régulier, la communauté est continuée par moitié entre le survivant et ses enfans: ceux-ci peuvent néanmoins, si bon leur semble, s'en tenir à la part qui leur revenait dans le partage à l'époque de la dissolution du mariage. Si le survivant se remarie sans faire inventaire ni partage, la communauté se continue par tiers ou par quart, selon que l'un des nouveaux époux ou tous deux ont des enfans du premier lit, les enfans à naître ne faisant de part dans la communauté continuée, non plus que dans la communauté primitive.

Les coutumes d'Orléans (216), de Poitou (234 suiv.) et d'Angoumois (42) n'admettent la communauté continuée qu'entre roturiers. Dans celles de Bassigny (55) et de Meaux (61), elle n'a lieu que quand l'indivision a duré an et jour; et celle de Nivernais (XXII, 4 XXIII, 22) exige de plus que les enfans aient atteint l'âge de puberté (3).

(1) La veuve noble ne peut en Touraine (268-269) renoncer au gain des meubles qu'en renonçant en même temps aux conquêts, c'est-à-dire à la communauté; la coutume de Chauny (18-130) au contraire lui permet de renoncer au privilége des nobles quant à la totalité des meubles, et d'accepter néanmoins la communauté, c'est-à-dire la moitié des meubles et des conquêts.

(2) La coutume de Touraine (319) donne aussi au survivant, soit noble ou non noble, l'usufruit de la moitié des conquêts qui ne lui appartient pas en propre; mais, s'il y a enfans, il le perd en se remariant. La même chose a lieu en Poitou (243) par coutume locale.

(3) Sont muettes les coutumes de Valois, Amiens, Ponthieu, Boulo-

Digitized by Google

VIII. Entre personnes autres que conjointes par mariage, communauté n'a lieu régulièrement que par continuation de la communauté conjugale ou par convention expresse (1).

Plusieurs coutumes font une exception remarquable à cette règle. Suivant les coutumes de Troyes (101, 102), Chaumont (75), Bar (88), Bussigny (69, 70), Auxerre (201, 202) et Berry (8, 10), ceux qui, usant de leurs droits, vivent par an et jour à un commun pot, sel et dépense, en mélange de biens et communication de gains, profits et pertes, acquièrent tacite communauté entre eux de tous biens meubles et conquêts immeubles. Les enfans de famille, serviteurs, et autres personnes nourris par gratuité, affection, pitié ou service ne peuvent acquérir communauté tacite par quelque laps de temps qu'ils demeurent avec leurs parens ou autres personnes qui les nourrissent.

La communauté tacite se contracte de même par an et jour, mais entre roturiers majeurs et usant de leurs droits, seulement sous les coutumes de Poitou (231), Saintonge (58) et Angoumois (41), et entre frères, sœurs ou autres parens majeurs, sous les coutumes de Montargis (IX, 1), Chartres (61), Dreux (52), Châteauneuf (70), Nivernais (XXII, 2) et Bourbonnais (267).

Les coutumes de Meaux (63) et de Nivernais (XXIII, 21) mentionnent aussi la communauté que peuvent acquérir entre eux par quart les père ou mère survivans, leur conjoint en secondes noces, leur enfant du premier lit, et le conjoint de celui-ci, gendre ou bru des père ou mère.

Ces diverses communautés tacites se contractent par tê-

nois, Artois, Chauny, Reims, Troyes, Chaumont, Chartres, Dreux, Larochelle, du duché et du comté de Bourgogne. Celle d'Anjou (512) est douteuse.

(1) Cout. de Mante, 133. Laon, 267. Reims, 385. Châlons, 62. Melun, 224. Orléans, 213. Grand-Perche, 107. Touraine, 231. Loudunois, XXIV, 2. Maine, 509. Anjou, 512. — Vingt-cinq coutumes sont muettes.

Digitized by Google

tès, et se continuent entre les enfans ou autres héritiers de l'un des associés décédé, et les autres associés survivans, pour la part que chacun y a de son chef ou par son auteur (1).

IX. Entre les trois coutumes exclusives de la communauté, celle d'Auvergne (XIV, 3 et suivans) et de la Haute-Marche (299 suiv.) adoptent le régime dotal, et, accordant au mari survivant, comme *gaigne coutumière*, les lits, robes, coffre, linge et joyaux de sa femme, à charge de payer les funérailles. La femme survivante, au contraire, les reprend en l'état où ils se trouvent (2).

La coutume de Normandie est prohibitive de la communauté conjugale. Non contente de déclarer que les époux ne sont communs ni en meubles ni en conquêts, et que la femme n'y a rien qu'après la mort du mari, (art. 389), elle interdit (art. 330) de donner à la femme, par contrat de mariage, une plus grande part aux conquêts faits par le mari que celle qui lui appartient par la coutume, à laquelle les contractans ne peuvent déroger.

Sous cette coutume (art. 329), la femme, après la mort de son mari, a la moitié en propriété des conquêts faits en bourgage. Quant aux conquêts faits hors bourgage, elle en a la moitié en propriété au bailliage de Gisors, la moitié en usufruit en Caux, et le tiers en usufruit dans le reste de la province. Quant aux meubles, elle en a la moitié, s'il n'y a point d'enfans ou s'il n'y a que des filles mariées ; s'il y a des fils, ou des filles non encore mariées, elle n'a que le tiers des meubles, en contribuant aux dettes pour sa part (art. 392, 393). La femme peut renoncer à la succession de son mari, comme ailleurs elle peut renoncer à la communauté (394). La femme renonçante retire ses biens para-

(1) Cout. de Berry, VIII, 20. Bourbonnais, 270. Poitou, 232.
(2) Auvergne, XII, 16, XIV, 44-45. Haute-Marche, 227.

Digitized by Google

phernaux, c'est-à-dire, sous cette coutume, son lit, ses robes, coffre, linge et autres de pareille nature, pourvu qu'ils n'excèdent la moitié du tiers des meubles (395).

Durant le mariage, les meubles échus à la femme appartiennent au mari, à la charge, s'ils excèdent une certaine quotité, d'en employer la moitié en héritages ou rentes pour tenir le nom, côté et ligne de la femme (390). Le mari survivant, pourvu qu'il ait eu enfant né vif de sa femme, jouit par usufruit, tant qu'il se tient en viduité, de tout le revenu appartenant à sa femme lors de son décès; s'il se remarie, il ne jouit que du tiers (382, 331).

X. Dans la plus grande partie de la France coutumière, le douaire coutumier dont la femme est douée, consiste dans l'usufruit de moitié des immeubles que le mari possédait au jour du mariage et de ceux qui lui sont échus depuis en succession directe (1).

Dans l'Artois et dans la Picardie, excepté Péronne, le douaire coutumier est de la moitié des fiefs et du tiers des immeubles cottiers (c'est-à-dire roturiers) (2). Dans le comté de Bourgogne, il est entre nobles de la moitié des héritages anciens du mari, et entre roturiers, du tiers du dot et mariage de la femme (art. 25).

Il est du tiers, sans distinction de noble ou de non nobles, de fiefs ou de rotures, dans la Normandie (367) la Bretagne (455), le Maine (313), l'Anjou (299), le Poitou (256), le Grand Perche (111) et par coutume locale, dans le Perche-Gouet, Chartres (52, 54).

Dans la Touraine (326, 338), le Loudunois (XXXI, 1. XXXII, 2), l'Angoumois (82) et la Saintonge (75, 76), il est aussi du tiers des immeubles entre nobles. Entre rotu-

(1) Quelquefois aussi en collatérale : je néglige ce détail.

(2) Cout. d'Artois, 173. Amiens, 112. Ponthieu, 32. Boulenois, 98. Calais, 49. — Cout. de Péronne, 140.

Digitized by Google

riers, il est, dans les deux premiers de ces pays, de la moitié des rotures et du tiers des biens nobles échus en tierce foi; dans la Saintonge, et vraisemblablement aussi dans l'Angoumois, douaire n'a lieu entre roturiers s'il n'est expressément convenu.

Enfin, sous les coutumes d'Auvergne (XIV, 11), de la Haute-Marche (288) et de Larochelle (45) (1), le douaire n'a lieu de même, mais contre toutes personnes nobles ou non nobles, qu'autant qu'il est stipulé.

Le douaire coutumier peut être remplacé par un douaire préfix, mobilier ou immobilier, mais qui ne doit point excéder le douaire coutumier, sinon, être réduit et ramené à la quotité de celui-ci.

XI. Sous les coutumes de Clermont en Beauvaisis (158), Valois (102), Chartres (52), Dreux (43), Châteauneuf (55) et Normandie (367), la femme gagne au coucher son douaire. Sous celles de Ponthieu (32) et de Bretagne (450), le douaire lui est acquis dès qu'elle met le pied au lit pour coucher avec son mari.

Plus ordinairement, la femme acquiert le douaire du moment de la bénédiction nuptiale ou de l'accomplissement du mariage par paroles de présent (2).

XII. Le douaire immobilier est viager à la femme dans le plus grand nombre des coutumes. Mais il est propre aux enfans, qui peuvent renoncer à la succession paternelle pour se tenir au douaire de leur mère, dans les coutumes de Paris (249, 250), Mante (136, 142), Senlis (177, 182), Valois (108, 112), Calais (50, 51), Melun (239, 98) Nivernais (XXIV, 8) et Normandie (399). Quant aux fiefs, le

(1) Il n'y a point de coutumes muettes.

(2) Cout. de Péronne, 143. Boulenois, 97. Grand-Perche, 117. Berry, 249. Angoumois, 82. La plupart des coutumes sont muettes, mais doivent être entendues dans ce sens.

Digitized by Google

douaire se partage entre les enfans qui renoncent à la succession de leur père, avec droit d'aînesse, sous les coutumes de Valois, de Melun et de Normandie (402) ; sans droit d'aînesse, sous les coutumes de Paris, de Mante et de Calais : celles de Senlis et de Nivernais sont muettes sur ce point.

La coutume de Clermont en Beauvaisis (160) déclare le douaire viager quant aux fiefs et propre quant aux rotures. Sous les coutumes de Chartres (56), Dreux (47) et Châteauneuf (58, 59), au contraire, le douaire est propre entre nobles et viager entre non nobles. Les coutumes d'Étampes (130, 135) fait aussi le douaire viager à la femme entre roturiers; entre nobles, il est propre pour moitié s'il n'y a que filles, et en totalité, s'il y a des fils, avec prérogative d'aînesse.

Sous les coutume de Reims (243) et de Montargis (XIV, 3) le douaire est viager, mais peut être stipulé propre par contrat de mariage. Les coutumes de Dourdan, Touraine et Loudunois sont muettes, ainsi que celles d'Auvergne, de la Haute Marche et de la Rochelle, qui n'admettent que le douaire conventionnel.

2° Gaule.

I. Les coutumes pourvoient de manières très-diverses à la garde ou bail, tutelle ou curatelle, des enfans mineurs.

La garde est, proprement, toute tutelle légitime établie dans l'intérêt de celui qui a besoin de protection ; le bail, une tutelle légitime, mais fructuaire ou profitable, qui donne droit aux meubles et aux fruits, ou seulement aux fruits soit des fiefs soit de tous les immeubles du mineur (1). Par exception, le nom générique de garde a été conservé,

(1) Analogue à l'autorité du mari qui est bail de sa femme. — Le baillistre paie toutes les dettes mobilières, acquitte les charges annuelles des immeubles, et les rend en bon état, et entretient les mineurs selon leur condition, suivant l'adage : *qui bail prend quitte le rend.*

Digitized by Google

dans quelques coutumes, à la tutelle fructuaire exercée par les ascendans; tandis que le nom de bail, réservé aux collatéraux, est resté à ceux-ci après que les profits qui y avaient été attachés, eurent été abolis.

La garde noble appartient, suivant les coutumes de Paris (265, 266) et de Calais (126, 127) au survivant des père et mère nobles, et à leur défaut ou refus, aux autres ascendans; la garde bourgeoise au survivant des père et mère seulement.

Ce premier système a été suivi par les coutumes d'Étampes (89), de Dourdan (124, 125), de Montfort (116) et de Reims (230), avec cette différence, pourtant, qu'elles étendent la garde bourgeoise, comme la garde noble, aux aïeul, aïeule et autres ascendans.

Entre nobles seulement, les ascendans ont la garde noble sous les coutumes de Vitry (63), Chaumont (11), Sens (156), Bar (66) et Clermont en Argonne (XII, 8); la garde noble ou le bail, à leur choix, mais pour les fiefs seulement, sous les coutumes de Péronne (220) et de Chauny (135, 137). Celles de Chartres (41, 104), Dreux 30, 95), Châteauneuf (43, 134), du Grand-Perche (166) et de Blois (4), au contraire, donnent la garde aux ascendans tant entre nobles que non nobles. Les ascendans ont à Auxerre (254) la garde entre nobles et la tutelle légitime entre roturiers; par la coutume de Nivernais (XXX, 2) ils ont, dans l'un et l'autre cas, la tutelle légitime (1).

Dans ce premier système, le gardien soit noble soit bourgeois fait les fruits des immeubles siens à Paris, Calais, Étampes et Montfort; il en est de même du gardien noble seulement, à Dourdan et à Clermont en Argonne, et du

(1) On voit que dans ce système le bail en ligne collatérale n'a point lieu. Cout. de Reims, 328. Chartres, 108. Dreux, 94. Châteauneuf, 139. Blois, 7.

Digitized by Google

gardien tant entre nobles que roturiers dans le Grand Perche et à Blois.

Le gardien noble seulement fait les fruits des immeubles siens et prend en outre les meubles à Rheims, Sens, Bar, Chartres et Châteauneuf; à Péronne et à Chauny le baillistre, et non le gardien, fait son profit des meubles et des fruits des immeubles féodaux.

Dans tous les autres cas, le gardien et le tuteur légitime prennent les biens par inventaire, et rendent compte et reliquat. La coutume de Dreux est muette quant aux fruits.

Un second système appelle à prendre le bail ou la garde, non seulement le survivant des père et mère, et les autres ascendans, mais à leur défaut les plus prochains collatéraux. La coutume de Mante (178, 179) n'admet entre roturiers ni garde ni bail; entre nobles, elle donne la garde aux ascendans et le bail aux collatéraux. Celle de Melun (285) donne aux ascendans l'option entre la garde noble et le bail, et aux collatéraux le bail, mais, *pour les fiefs* entre nobles et pour les fiefs seulement. Le bail est donné aux ascendans entre toute sorte de personnes par les coutumes de Boulenois (77) et d'Artois (155) (1); la coutume d'Amiens (125) en fait autant, mais seulement pour les fiefs. Sous les coutumes d'Orléans (23 suiv. 178 suiv) et de Montargis (I, 25 suiv. VII, 2 suiv.) la garde des ascendans a lieu entre nobles et roturiers, le bail des collatéraux entre nobles seulement: il en est de même sous la coutume de Berry (I, 22-41), où les ascendans portent le titre de légitimes administrateurs.

A Mante, le gardien noble fait les fruits siens, non le baillistre; le baillistre au contraire fait siens les fruits de tous les immeubles dans l'Artois et le Boulenois; les fruits des fiefs nobles, non des fiefs restreints ni des terres cottières, à Amiens.

(1) Les pères et mères ont le choix de prendre la tutelle légitime au lieu du bail.

Digitized by Google

A Melun, le gardien noble, et non le baillistre, gagne tous les meubles et les fruits des fiefs. Dans le Berry, le légitime administrateur fait les fruits siens, et, s'il est noble, il gagne aussi les meubles; le baillistre ne gagne que les fruits (1). A Orléans, à Montargis, le gardien noble fait les fruits siens; le gardien entre roturiers et le baillistre entre nobles ne prennent ni les meubles ni les fruits.

La garde ou le bail sont restreints dans un troisième système au seul survivant des père et mère. Ce système présente quelques variations de détail dans le nom et dans les choses. La coutume de Senlis (152) n'admet que la garde noble entre nobles; celles de Valois (67), Troyes (17) et Meaux (147) ne l'accordent aussi qu'entre nobles et pour les fiefs seulement; celle de Clermont en Beauvaisis (170) pour les fiefs tant des nobles que des roturiers; celle de Laon (261) donne le choix entre la garde et le bail, mais entre nobles seulement et pour les immeubles féodaux.

Sous les coutumes de Touraine (339, 346) Loudunois XXXIII, 1 XXXIV 1), du Maine (98) et d'Anjou (85), le bail a lieu entre nobles et la tutelle naturelle entre roturiers. La coutume de la Haute-Marche (70) donne aussi le bail entre nobles au survivant, avec cette particularité, que, si la mère survivante est mineure et qu'il y ait un frère consanguin majeur, celui-ci prend le bail, qui n'est accordé dans aucun cas ni aux ascendans des degrés supérieurs, ni aux autres collatéraux. En Bretagne (500) le père est garde naturel de ses enfans; en Auvergne (XI, 2), le père; sous les coutumes de Bourbonnais (174) et de Bassigny (72) le survivant des père et mère est légitime administrateur. Dans le Poitou (305, 308), le père est loyal administrateur, et la mère tutrice, tant entre nobles que roturiers. Dans le duché

(1) Sous cette coutume, l'adage *qui bail prend quitte le rend* n'a pas lieu, et le légitime administrateur comme le baillistre ne paient les charges du bail que jusqu'à concurrence de ce qu'ils prennent des meubles ou des fruits.

Digitized by Google

de Bourgogne (VI, 4), le père est légitime administrateur entre nobles et roturiers; entre nobles, le survivant des père et mère est de plus baillistre; entre roturiers, la mère n'est que tutrice.

Dans ce troisième système, le gardien noble sous la coutume de Senlis, le baillistre sous celles de Touraine, de Loudunois et du duché de Bourgogne, prennent les meubles et les fruits de tous les immeubles; le gardien noble dans le Valois, le gardien entre nobles seulement à Clermont en Beauvaisis, et le baillistre, non le gardien noble, à Laon, gagnent les meubles et les fruits des immeubles féodaux.

Le gardien noble sous les coutumes de Troyes et de Meaux, le gardien entre roturiers sous celle de Clermont en Beauvaisis prennent les fruits des fiefs, sans les meubles. Le baillistre sous les coutumes de la Haute-Marche, du Maine et de l'Anjou, le tuteur naturel roturier sous celle de Touraine et de Loudunois; le légitime administrateur entre nobles et roturiers sous celles de Bourbonnais et d'Auvergne, et entre nobles seulement sous celle de Bassigny, gagnent les fruits de tous les immeubles féodaux ou autres, sans les meubles.

Un dernier système est celui de la Coutume de Normandie (1). Le père, l'aïeul et le frère aîné majeur sont tuteurs naturels sans profit. A leur défaut les mineurs, s'ils possèdent des fiefs, tombent sous la garde du seigneur dont chaque fief est mouvant. Pour plusieurs fiefs il peut donc y avoir différens seigneurs gardiens. Toutefois, si l'un de ces fiefs est tenu nuement du roi, la garde royale attrait à elle toutes les autres gardes, et le roi fait les fruits de tous les fiefs siens, ainsi que les fruits des rotures, qui sont exempts de la simple garde seigneuriale.

(1) Cout. de Normandie, art. 213 suiv. 237 *in fine*. Réglement du parlement de Rouen pour l'élection des tuteurs, art. 1 et 2. Coutum. génér. IV, p. 161.

Digitized by Google

A Châlons (10) il n'y a ni bail, ni garde noble, ni garde bourgeoise. Les coutumes de Ponthieu, Angoumois, La Rochelle, Saintonge, et du comté de Bourgogne sont muettes.

II. La garde ou le bail finissent par l'âge et par le mariage des mineurs, sous les coutumes où le mariage émancipe; ils finissent aussi, dans le plus grand nombre des coutumes par le convol en secondes noces soit de la mère seulement, soit même du père. Sous les coutumes d'Orléans et de Montargis, la mère et l'aïeule remariées perdent la garde entre roturiers ; entre nobles, la garde tourne en bail, c'est-à-dire que de tutelle fructuaire elle devient simple tutelle avec obligation de rendre compte et reliquat (1).

III. Le gardien ou baillistre qui fait les fruits siens n'est pas tuteur, quoiqu'il puisse l'être, s'il est d'ailleurs capable et solvable (2). Il y a donc lieu de pourvoir à la tutelle des mineurs non seulement dans les cas où la garde et le bail n'ont pas lieu, et à défaut de gardien ou de baillistre; mais aussi en concurrence avec eux, pour les biens, droits et actions qui ne dépendent pas soit de la puissance des fruits, soit des meubles, lorsque le gardien ou baillistre les gagne (3).

Toutes tutelles et curatelles sont datives: telle est la disposition expresse de la coutume de Reims (329); et le plus grand nombre des coutumes ne parlent que de tuteurs et curateurs créés par le juge et élus par les parens paternels et maternels, les amis et voisins du mineur (1). Les quel-

(1) Cout. d'Orléans, 25, 27, 32. Cout. de Montargis, I, 30, 35, 37.

(2 Cout. de Paris, 270-271.

(3) Là même où la garde ou le bail ont cessé d'être fructuaires, cette différence entre le tuteur et le gardien en laisse des traces. Voyez la cout. de Laon, art. 262.

(1) Paris, 270. Dourdan, 149. Mante, 182. Senlis, 152 in fine. Clermont en Beauvaisis, 193. Valois, 73. Péronne, 232. Amiens, 133. Calais, 141. Laon, 262. Châlons, 9. Vitry, 64. Troyes, 17-21. Chaumont, 11. Sens,

Digitized by Google

ques coutumes qui admettent la tutelle testamentaire et une tutelle légitime autre que la garde ou bail, exigent ordinairement qu'elles soient confirmées par le juge (1).

Les coutumes parlent presque toutes de tuteurs et de curateurs sans s'expliquer sur la différence qu'il y a entre eux. Les coutumes de Montargis (VII, 7) et d'Auxerre (259) déclarent expressément qu'entre tutelle et curatelle il n'y a nulle différence. Les coutumes de Vitry (64, 65), Orléans (182) et Nivernais (XXX, 8 9) adoptent seules explicitement la distinction que le droit romain établit entre elles.

IV. La garde, bail ou administration légitime, fructuaire ou non fructuaire, d'une part, et les tutelles datives de l'autre, laissent peu de place à l'exercice de la puissance paternelle; et Loisel a fait une maxime coutumière de cette disposition qui ne se trouve que dans la seule coutume de Senlis (221) : Droit de puissance paternelle n'a point de lieu.

Quelques coutumes, il est vrai, font mention de la puissance paternelle; mais, d'abord, cette puissance finit par la mort soit du père, soit de la mère, et ne s'exerce, par conséquent, que durant le mariage sur les enfans communs (2).

Après la dissolution du mariage par la mort de l'un des conjoints, le survivant a la garde, ainsi qu'il a été expliqué plus haut. Du vivant même des père et mère, la puissance

159. Clermont en Argonne, XII, 4. Orléans, 182. Grand-Perche, 175. Blois, 7. Touraine, 339. Loudunois, XXXIII, 1, XXXIV, 3. Maine, 101. Anjou, 40, 88, 89. Poitou, 304-309.

(1) Reims, 329. Bassigny, 76. Auxerre, 255-258. Nivernais, XXX, 4. Auvergne, XI, 12. Haute-Marche, 85. — *Secus*. Cout. de Bourbonnais, 177-180. Voyez aussi Bretagne, 501, 506, 507. Duché de Bourgogne, VI, 6. Melun, 290.

(2) Chartres, 103. Dreux, 93. Châteauneuf, 133.

Digitized by Google

paternelle peut finir sans qu'il soit besoin de l'émancipation expresse du père (1). Nous avons vu que, dans la plupart des coutumes, le mariage émancipe; il en est de même de la prêtrise, de la majorité, et de la demeure séparée: il n'y a diversité entre les coutumes que parce que les unes admettent tous ces divers modes d'extinction de la puissance du père, tandis que d'autres n'en admettent que l'un ou l'autre, ou exigent le concours de plusieurs des circonstances que nous venons de mentionner (2). En aucun cas l'enfant, après la mort de son père ou son émancipation, ne retombe sous la puissance de l'aïeul ou des autres ascendans (3).

Quant aux effets de la puissance paternelle, les coutumes en disent peu de chose. L'enfant en puissance de père est mis sur la même ligne que l'enfant en puissance de tuteur ou de curateur: il ne peut s'obliger ni ester en justice sans l'autorisation de celui qui a puissance sur lui (4). Le père, (mais souvent aussi la mère) a la jouissance des choses données à l'enfant qu'il a en puissance (5). La coutume de Berry restreint la faculté de tester du fils de famille (XVIII, 2). Les donations faites par le père à son fils, qu'il a en puissance, sont révocables sous les coutumes de Berry (VII, 5)

(1) Amiens, 136. Artois, 154 *in fine*.

(2) Chauny, 58. Laon, 56. Reims, 6, 7, 35. Châlons, 7-8. Bassigny, 42-79. Clermont en Argonne, VI, 7. Orléans, 181. Montargis, VII, 5, 6, 8. Blois, 1. Nivernais, XXII, 2, XXIII, 1. Berry, I, 3-10, XVIII, 2. Bourbonnais, 166. Auvergne, I, 7, XII, 47, XIV, 2, 4-2. Marche, 298. Poitou, 311-317. Angoumois, 98, 120, 121. La Rochelle, 24. Saintonge, 2, 73. Bretagne, 526-528. Duché de Bourgogne, IV, 1, VI, 3. Comté de Bourgogne, 24. Les coutumes d'Auvergne, de la Haute-Marche et de Poitou, ne disent pas, il est vrai, que la puissance paternelle expire à 25 ans, mais elles en font cesser tous les effets.

(3) Bourbonnais, 167-232.

(4) Troyes, 139. Clermont en Argonne, II, 8. Berry, I, 16. Bourbonnais, 169-171. Auvergne, I, 7. Haute-Marche, 11.

(5) Chauny, 58. Laon, 56. Reims, 8-35. Châlons, 8, Vitry, 100-110. Clermont en Argonne, VI, 7. — La coutume de Vitry parle de la *voulrie* (avouerie) des père et mère.

Digitized by Google

et de Poitou (222); mais elles valent sous celle d'Auvergne (XIV, 42). Les coutumes de Poitou (318) et de Bretagne (507) donnent au père ce qui est acquis par le fils en puissance.

La plupart des coutumes sont muettes sur le fait de la puissance paternelle.

IV. *Des successions.*

1° Garantie des droits éventuels de l'héritier.

Les droits de l'héritier du sang sont garantis par des prescriptions plus ou moins rigoureuses qui restreignent la faculté de disposer à titre gratuit ou onéreux, entre vifs ou à cause de mort.

I. Sous les coutumes de Ponthieu (19), de Boulenois (92, 124) et d'Artois (70) on ne peut vendre, charger, hypothéquer ni autrement aliéner ses immeubles propres, si ce n'est du consentement de son héritier apparent; ou par nécessité jurée par le vendeur et vérifiée par deux témoins dignes de foi; ou enfin, suivant la coutume d'Artois, par remploi, c'est-à-dire en employant les deniers de la vente en immeubles de mêmes nature et valeur, pour sortir nature de propre comme l'immeuble vendu. Les acquêts ne sont pas compris sous ces dispositions prohibitives (1).

Plusieurs autre coutumes reconnaissent au contraire à chacun la faculté de disposer librement à titre onéreux tant des propres que des acquits (2); et la plupart des coutumes, qui sont muettes sur ce point, ne peuvent être interprétées que dans un sens favorable à cette liberté absolue.

Cinq coutumes font exception. En Normandie (244), celui qui a marié un de ses enfans ou descendans comme son

(1) Artois, 133.

(2) Chauny, 51. Laon, 51. Châlons, 222. Vitry, 112. Orléans, 361. Montargis I, 39. Chartres, 88. Dreux, 76. Châteauneuf, 109. — Cette liberté de disposer entre vifs, a lieu aussi à l'égard de l'institué contractuel. Bourbonnais, 220. Auvergne XV, 5.

Digitized by Google

principal héritier, ne peut plus désormais aliéner ni charger son héritage, au préjudice de l'héritier qu'il a reconnu, ni de ses enfans, si ce n'est en cas de nécessité, de maladie ou de prison; dans la Touraine (252, 253), le Loudunois (XXVI, 4), le Maine (262, 263) et l'Anjou (245, 246) il ne peut plus disposer au-delà d'un tiers que par extrême nécessité de vivre, ou pour rédemption de son corps.

II. Dans les cas et sous les coutumes où l'aliénation des immeubles est permise sans le consentement de l'héritier, celui-ci ou tout autre lignager plus diligent a néanmoins la faculté de *retraire* les propres vendus, en remboursant le prix et les loyaux coûts à l'acquéreur. Car, dit la coutume de Chaunes (114), « retrait est introduit en faveur des » parens lignagers, et afin que les héritages venant de ligne » ne sortent hors de la ligne ».

Pour pouvoir exercer le retrait lignager, il suffit, dans la plupart des coutumes, d'être lignager du côté et ligne d'où l'héritage et venu; les coutumes *souchères* exigent de plus que l'on soit descendu de celui qui a le premier acquis l'héritage et la mise en ligne (1). Quelques autres coutumes accordent la faculté de retraire tous les immeubles, sans distinction de propres et d'acquêts (2).

Le délai du retrait n'est dans le Berry (XIV, 1) que de soixante jours; dans l'Auvergne (XXIII, 2), de trois mois; dans le Bourbonnais (422), de trois mois pour les immeubles corporels, de six mois pour les droits immobiliers in-

(1) Dourdan, 131. 117. Mantes, 72. 167. Melun, 130. 264. Montargis XVI, 1. 2. — Les coutumes d'Orléans, 363 et de Nivernais, XXVI, 13. Cout. souchères en matière de retrait, sans l'être en matière de succession; celle de Touraine l'est en succession et non en retrait.

(2) Touraine, 152. 156. Loudunois, XV, 1. Maine, 358, Anjou, 346. Poitou, 319. Angoumois, 55. La Rochelle, 29. 31. 32. Saintonge, 43. Normandie, 452. 469. 470. Bretagne, 298.

Digitized by Google

corporels: en Bretagne (270, 274, 302), le délai du retrait expire avec la faculté de s'opposer à l'appropriance. Dans toutes les autres coutumes, il est d'an et jour.

III. Les dispositions à titre gratuit peuvent avoir lieu par donation simple entre vifs, par donation mutuelle entre époux, par convention de succéder ou par testament.

Je ne parlerai ici ni des avantages permis ou prohibés entre époux durant le mariage, ni des conventions de succéder, institutions contractuelles, donations de biens présens et avenir, donations par contrat de mariage et en faveur du mariage, renonciations, réservations et rappels de filles (1), démissions de biens, partages faits par ascendans de leur vivant entre leurs enfans, associations universelles, affiliations, adoptions et affairissemens. Je me borne aux libéralités faites par donation simple entre vifs ou par testament.

IV. Les libéralités ne peuvent s'exercer que dans une certaine mesure; elles ne doivent pas excéder la quotité disponible, pour le réglement de laquelle nos coutumes ont suivi plusieurs systèmes différens (2).

Un premier système, suivi dans l'ancien ressort de Paris, excepté Montfort, dans tout celui de Senlis, à Amiens, Melun, Orléans, Auxerre, dans le Nivernais et le Grand-Perche, permet de disposer entre vifs de tous ses biens tant men-

(1) Les rappels de filles se font, il est vrai, par testament; mais ils présupposent leur rénonciation, qui se fait par contrat de mariage, et qui constitue un *pactum de non incudendo*.

(2) Il ne s'agit ici que des libéralités faites à des étrangers et non de ce qu'on peut donner en avancement d'hoirie. Lorsque la part de l'héritier *ab intestat* surpasse la quotité disponible, on peut toujours lui donner en avancement d'hoirie tout ce qu'il pourra avoir un jour *ab intestat*. Quant à la question de savoir si on peut lui donner plus que sa part héréditaire, voyez ci-dessous; je ne parle non plus de ce qu'on doit donner aux bâtards.

Digitized by Google

bles et acquêts que propres, et par testament de ses meubles, de ses acquêts et du quint de ses propres (1).

Ce système s'étend encore, avec quelques variantes, dans le reste de la Picardie et de l'Orléanais, et dans quelques autres lieux.

A Montfort (87, 88, 145, 146) on ne peut disposer par testament, comme entre vifs, que du quint de ses propres. Il en est de même des coutumes de Ponthieu (19, 20, 25) et de Boulenois (87, 88), qui ne permettent de quinter ses héritages qu'une fois. La coutume de Calais (66, 84) ne permet de donner entre vifs que la moitié de ses propres, et le quint par testament. Celle d'Artois (90, 91), qui semble interdire absolument la faculté de donner entre vifs au déçu et sans le consentement de l'héritier, permet de disposer par testament du quint des fiefs et du revenu de de trois années de tous les immeubles. Cette faculté de disposer de trois années de revenu est aussi accordée par la coutume de Boulenois (89) tant entre vifs que par testament.

Sous la coutume de Sens (68, 109), qui est d'ailleurs en tout conforme aux règles générales de ce premier système, celui qui n'a que meubles ne peut disposer par testament que du quart; cette même restriction se trouve dans la coutume de Bar (98, 168), qui réduit de plus la faculté de disposer des propres par testament au sixième.

Les coutumes de Montargis (XI, 1 XIII, 2), de Dreux (76, 81, 82) et de Blois (166, 167, 173) fixent la quotité des propres disponibles par testament au quint en fiefs et au quart en censive. Celle de Dreux, ainsi que celles de Chartres (88, 91) et de Châteauneuf (109 113), qui

(1) Paris, 272. 292. Etampes, 103. Dourdan, 91. 99. 100. Mantes, 143. 156. Senlis, 210. 217-219. Clermont en Bauvaisis. 122. 130. 131. Valois, 84. 86, 133. Amiens, 46, 57. Melun, 232, 246. Orléans, 275, 292. Auxerre, 218. 225. Nivernais, XXVII, 4. XXXIII, 1. Grand-Perche, 93. 129.

Digitized by Google

la fixent au quint tant des fiefs que des censives, permettent en outre, de disposer du revenu d'une année de tous les propres. Entre vifs, on peut, sous ces diverses coutumes, disposer de la totalité de ses biens, sauf que celle de Blois restreint cette faculté aux meubles, aux acquêts et à la moitié des propres.

Une dernière variante de ce premier système est celle que présentent les coutumes de Péronne (107, 165) et de Chauny (52, 61, 84, 85): la quotité disponible par testament est pour les propres du quint en fief et du tiers en censive (1).

Ces coutumes font la transition à un second système, qui, à quelques exceptions près et avec quelques variantes, est en vigueur dans la Champagne et le Vermandois d'une part, et de l'autre dans la Bretagne, la Normandie, le Maine, l'Anjou, la Touraine, le Loudunois, le Poitou, l'Aunis, la Saintonge et l'Angoumois.

Les coutumes de Vitry (100, 108, 112), de Troyes (95, 138) de Chaumont (82 et de Meaux (26) permettentde disposer entre vifs de la totalité des biens, et par testament des meubles, des acquêts et du tiers des propres. Il en est de même de la coutume de Clermont en Argonne (VI, 1 VII, 2, 3), sauf que, quand il y a enfans, on ne peut disposer entre vifs des propres, et par testament, du tiers, des propres, que pour cas pieux seulement. Par la coutume de Laon (51, 52, 60), on peut disposer entre vifs de tous ses biens, sauf la moitié des propres s'il y a enfans; et par testament, de ses meubles, de ses acquêts, du tiers de ses propres en fief et de la moitié en roture, soit qu'il y ait enfans ou non.

La quotité des propres est fixée à la moitié, par la cou-

(1) Les coutumes de Noyon, 17. Saint-Quentin, 22. Ribemont, 55, et Comi, 9, locales de Laon, sont conformes à celles de Péronne et de Chauny.

Digitized by Google

tume de Reims (232) et au tiers par la coutume de Châlons (63, 70), tant entre vifs, lorsqu'il y a enfans, que par testament, soit qu'il y ait ou qu'il n'y ait point d'enfans.

Par la coutume de Touraine (233, 238, 247, 325) les nobles et les roturiers ayant enfans ne peuvent donner à des étrangers que la moitié de leurs meubles en propriété et la moitié de leurs acquêts à vie. S'ils n'ont point d'enfans, ils peuvent disposer de tous leurs meubles en propriété, de tous leurs acquêts et du tiers de leur patrimoine à vie, ou, si c'est pour cause pitoyable, également en propriété. La coutume de Loudunois (XXV, 1, XXVI, 3) détermine aussi la quotité disponible de cette dernière manière, soit qu'il y ait enfans ou non. Celle d'Anjou (321, 327, 340) permet de donner le tiers du patrimoine et la totalité des meubles et des acquêts, lorsqu'il n'y a point d'enfans, ou s'il y en a, le tiers du patrimoine et le tiers des acquêts, à vie seulement, et le tiers des meubles à perpétuité. La coutume du Maine (332, 336, 352) permet de disposer du tiers des héritages (propres), et de tous les meubles et acquêts *liberis non exstantibus;* s'il y avait des enfans, on ne pourrait disposer que du tiers des acquêts et du tiers des meubles à vie ou à perpétuité. Enfin la quotité disponible est dans les coutumes de Poitou (203, 223), de la Rochelle (43, 44), de Saintonge (84-89) et d'Angoumois (49, 52), du tiers des propres et de la totalité des meubles et acquêts.

Dans toutes les coutumes qui précèdent, à partir de celle de Touraine, à défaut de biens propres ou patrimoniaux, les acquêts immeubles leur succèdent; à défaut d'acquêts, les meubles; tellement que celui qui n'a que meubles n'en peut disposer que du tiers, excepté dans les coutumes du Maine et d'Anjou, où il en peut disposer jusqu'à la moitié; s'il n'a que meubles et acquêts, sans patrimoine, il peut disposer de la totalité des meubles et du tiers des acquêts. Cette même particularité a lieu quant aux meubles pour la coutume de Bretagne (199, 200, 203), qui d'ailleurs permet

Digitized by Google

de disposer du tiers en propriété ou de la moitié en usufruit de ses immeubles, soit propres ou acquêts; mais on ne peut proportionnellement charger de dons ou de legs les propres d'une ligne plus que ceux de l'autre. La coutume de Normandie (414, 418, 419, 422, 427, 431) interdit absolument de tester ses propres; mais on peut donner entre vifs le tiers de ses immeubles soit propres ou d'acquêt ; et par testament, ses meubles avec le tiers de ses acquêts, s'il n'y a pas d'enfans, ou la moitié des meubles, s'il n'y a que filles mariées, ou le tiers des meubles seulement, s'il y a des fils ou des filles non mariées.

D'autres coutumes calculent la quotité disponible sur la masse totale des biens, sans distinguer régulièrement entre les meubles, les propres et les acquêts. Ainsi, la coutume de Berry (VII, 9, XVIII, 5) ne permet, s'il y a enfans, de disposer que de la moitié de ses biens tant entre vifs que par testament; celles de Bourbonnais (291) et d'Auvergne (XII, 41) du quart par testament seulement ; celle de la Haute-Marche (212), du tiers aussi par testament. Sous la coutume d'Auvergne (XIV, 40) on peut donner entre vifs tous ses biens; sous celle de la Haute-Marche (306, 309), tous ses meubles et conquêts, mais non ses propres, à des étrangers.

Indépendamment de ces limites assignées à la quotité disponible, la plupart des coutumes réservent encore expressément aux enfans leurs droits à la légitime et la querelle d'inofficiosité, conformément au droit romain. Les coutumes de Paris (298), de Calais (85), de Chauny (49) et d'Orléans (274) fixent la légitimé dans tous les cas à la moitié de la part et portion que chaque enfant eût eue dans la succession de leurs père, mère, ou autres ascendans, si ceux-ci n'eussent disposé par donations entre vifs ou par dernière volonté.

Je ne donnerai pas pour un quatrième dernier système coutumier les dispositions consacrées par la coutume du

Digitized by Google

duché de Bourgogne, et qui étaient certainement aussi en vigueur dans le comté de ce nom, quoique sa coutume, la seule muette sur ce point, n'en dise rien. Ce système est tout simplement celui du droit romain : point de quotité disponible à laquelle se limite la faculté de disposer du donateur ou du testateur, mais une légitime aux enfans, qui est du tiers, s'ils sont quatre au moins, et de la moitié, s'ils sont cinq ou plus : en collatérale, il n'y a point de légitime (1).

V. Toute donation entre vifs faite en haine ou en fraude des héritiers est nulle, encore qu'elle n'excède la qualité disponible (2). De là cet axiome coutumier consacré par la plupart des coutumes: donner et retenir ne vaut. Or, donner et retenir, c'est 1° se réserver la faculté de disposer des choses données, ou 2° donner à charge de dettes futures ou 3° conserver la possession des choses données jusqu'au jour de son décès. Mais le plus grand nombre des coutumes a si bien ressenti en ceci l'influence du droit romain qu'elles considèrent contrairement à leur but, à leur esprit, la possession comme suffisamment transmise au donataire, non seulement par sa saisine et la dessaisine du donateur, ou par l'appréhension de fait de la chose donnée, mais même par la rétention d'usufruit que le donateur stipule à son profit, ou par toute autre clause translative de possession, suivant le droit écrit, comme de constitut ou de précaire (3).

(1) Cout. du duché de Bourgogne VII, 2-4-7-9.

(2) Cout. de Bretagne 199.

(3) Paris, 273-275. Estampes, 145, 146. Dourdan, 93. Montfort, 152, 153. Mante, 150. Châlons, 64. Troyes, 137. Sens, 108-115. Bar, 167. Bassigny, 165. Clermont en Argonne, VI, 5-20. Meaux, 16, 17. Melun, 230-231. Orléans, 283-284. Montargis, XI, 5-6. Dreux, 77-78. Châteauneuf 110. Blois, 169. Auxerre, 217. Nivernais, XXVII, 1-2. Berry, 7, 1-4. Bourbonnais, 212-214. Auvergne, XIV, 18-21. Normandie, 444-446. — Les coutumes de Calais, 67., du Grand-Perche, 101., de la Haute-Manche, 309., et de Bretagne, 216, disent plus ou moins explicitement la même chose, sans néanmoins rappeler l'adage : Donner et retenir ne

Digitized by Google

Cette transmission fictive de la possession a même été admise comme suffisante par quelques coutumes de saisine et de nantissement (1), tandis que d'autres exigent de la manière la plus expresse la dessaisine et saisine judiciaires (2).

Lorsque la possession n'a pas été suffisamment transférée au donataire par la dessaisine du donateur et du vivant de celui-ci, après sa mort la saisine des choses données va à l'héritier et non au donataire (3), car simple don ne saisit point (4), et le donataire n'a point d'action contre les héritiers du donateur, pour être mis en possession de son don (5). Par exception, les coutumes d'Amiens (54), et de Boulenois (95), celles de Touraine (240), Loudunois (XXV, 2), Anjou (335, 341), et Bourbonnais (213), donnent, il est vrai, la saisine aux héritiers, mais autorisent le donataire à procéder contre eux, soit par voie d'action pour être saisi de son don par leurs mains, soit même par voie de mise de fait, pour les contraindre à entretenir le don (6).

VI. Sont censées en fraude du droit des héritiers, les donations conçues entre vifs, faites par personnes gisant au lit malades de la maladie dont elles décèdent, ou par personnes malades qui décèdent dans les trente ou quarante. — Celles de Vitry (111), et de Chaumont (76) exigent, en cas de rétention d'usufruit, que le donataire se dessaisisse autant que faire se peut, que p. ex. le donateur soit reçu à foi et hommage, s'il s'agit d'un fief. Les coutumes de Chartres, la Rochelle, Saintonge, Angoumois, du Duché et du Comté de Bourgogne sont muettes.

(1) Péronne, 109. Reims, 229 230. — Les coutumes de Chauny, 57-91, et de Laon, 54., sont douteuses.

(2) Senlis, 211-212. Clermont en Beauvaisis, 127. Valois, 130.

(3) Poitou, 273. Angoumois, 116-117. — Mais sous ces deux coutumes, le donataire a-t-il action contre les héritiers? Elles ne le disent point.

(4) Melun, 167.

(5) Châlons, 64. Clermont en Argonne, VI, 2.

(6) Les coutumes de Ponthieu, (21-22), d'Artois (71), et du Maine (347), sont douteuses.

Digitized by Google

rante jours de cette maladie ou d'autre (1). En conséquence, ces donations sont déclarées nulles par les coutumes de Blois (170, 171), et de Bretagne (209), ou plus ordinairement elles sont réputées à cause de mort ou testamentaires, c'est-à-dire qu'il faut y observer les solennités des testamens, et qu'on ne peut y excéder la quotité disponible en testament (2). La coutume de Berry (XVIII, 18), exige pour les donations faites en maladie mortelle, l'observation des formes des testaments, mais les considère néanmoins comme vraies donations entre vifs.

VII. Les droits de l'héritier du sang ne peuvent être supprimés par la dernière volonté du défunt; la succession testamentaire ne peut prendre la place que la coutume réserve à la succession *ab intestat.*

Institution d'héritier n'a point de lieu : telle est la disposition expresse du plus grand nombre des coutumes (3). Si l'institution d'héritiers n'est pas requise, comme en droit romain, pour la validité du testament, d'un autre côté, elle ne vaut que comme legs et jusqu'à concurrence de la quotité disponible. L'héritier du sang est saisi; l'institué ne l'est point; car il n'est que légataire, et legs testamentaire

(1) La coutume d'Anjou, 341., exige pour les donations entre vifs que le donateur soit en pleine santé.

(2) Paris, 277. Calais. 69. Sens, 109. Bar, 169. Clermont en Argonne, VI, 4. Orléans, 297. Montargis, XIII, 8. Grand-Perche, 130. Auxerre, 218. Nivernais, XXVII, 5. Auvergne, XIV, 36. Normandie, 447. — Si la plupart des coutumes exigent que les donations mutuelles entre époux soient faites en santé, c'est qu'elles défendent aux époux de s'avantager par testament.

(3 Paris, 299. Estampes, 108. Dourdan, 98. Montfort, 92. Mante, 151. Senlis, 165. Valois, 169. Péronne, 161. Calais, 82. Reims, 285. Châlons, 69. Vitry, 101. Troyes, 96. Chaumont, 83. Sens, 70. Bar, 102. Meaux, 28. Orléans, XIII, 1. Chartres, 95. Dreux, 85. Chateauneuf, 117. grand Perche, 121. Blois, 137. Touraine, 258. Loudunois XVII, 1. Maine, 237. Anjou, 271. Auxerre, 227. Nivernais, XXXIII, 10. Auvergne, XII, 40. 47. 48. Haute-Marche, 250. Poitou, 272. Angoumois, 114-116. La Rochelle, 41.

Digitized by Google

ne saisit. Il faut qu'il reçoive la chose léguée des mains de l'héritier, qui lui en fait délivrance, ou par l'exécuteur testamentaire, lorsqu'il s'agit de meubles dont celui-ci a la saisine, dans l'an et jour de l'ouverture de la succession, ou enfin par justice, l'héritier appelé. Ces conséquences du principe sont admises même par les coutumes qui ne formulent pas d'une manière explicite la règle qu'institution d'héritier n'a point de lieu (1), excepté seulement les coutumes de Berry, du duché et du comté de Bourgogne.

La coutume de Berry dispose (XVIII, 1, 4, 5, 7) que chacun peut faire par son testament institution d'héritier, laquelle néanmoins n'est pas requise pour la validité du testament, et ne vaut que pour la quotité disponible; que l'héritier testamentaire n'est saisi que par la rigueur de la coutume générale du royaume de France, mais le sera par exception, pour éviter circuit. La coutume du duché de Bourgogne (VII, 4) permet de même d'instituer héritier par testament pour les deux tiers disponibles, et donne la saisine à l'institué pour ces deux tiers. Celle du comté de Bourgogne (43), donne la saisine à l'héritier testamentaire aussi bien qu'à l'héritier du sang. (2)

2° Partage de la succession.

Entre les héritiers du sang, la succession ouverte est déférée, en général, au plus proche en degré, et se

(1) Clermont-en-Beauvaisis, 47-136, 141. Amiens, 62-65. Ponthieu, 26. Boulenois, 74-95. Artois, 90-92. Chauny, 62. Laon, 63, Bassigny, 157. Clermont en Argonne, VII, 11. Melun, 252. Bourbonnais, 290. 293. Saintonge, 90. Normandie, 235. 430. Bretagne, 538. 614.

(2) L'exhérédation des enfans pour les causes de droit a été admise par plusieurs coutumes. Bassigny, 148. Clermont en Auvergne, VII, 6; VIII, 23. Dreux, 91. Touraine, 286. 303. Loudunois, XXV, 12, XXVII, 28. Maine, 237. 269. Anjou, 251. 271. Berry, XVIII, 5. Bourbonnais, 312. Haute-Marche, 217. Bretagne, 495. Duché de Bourgogne, VII, 2. Mas l'enfant déshérité est néanmoins saisi jusqu'à vérification des causes d'exhérédation, Berry, XVIII, 5.

Digitized by Google

partage, entre tous les appelés en pareil degré, par parts et portions égales.

Pour déterminer la proximité du degré, la computation romaine a prévalu, en général, sur l'ancienne computation coutumière, qui procédait par troncs et lignages, ne comptait par génération que dans chaque lignage seulement, et se confondait par conséquent avec la computation canonique, admise pour déterminer les degrés auxquels le mariage est prohibé entre parens par le droit canon.

Ces règles sur la vocation du plus proche à l'exclusion des plus lointains, et le partage égal entre les appelés du pareil degré reçoivent de nombreuses dérogations par suite de la représentation, du double lien, des droits d'aînesse et de masculinité, de la distinction des meubles et des immeubles, des propres et des acquêts, des traces enfin, qui se sont conservées de l'ancienne computation coutumière.

I. Sous les coutumes de Ponthieu (8), de Boulenois (75. 83) et d'Artois (93), la représentation n'a lieu en aucune manière, ni en ligne directe, ni en ligne collatérale; sous celles de Senlis (136, 159, 140), Clermont en Beauvaisis (155), Meaux (41), Montargis (XV, 4-8), et Blois (138, 139, 154) (1), elle n'a lieu qu'en ligne directe.

La plupart des coutumes admettent la représentation en ligne directe à l'infini; en ligne collatérale, jusqu'aux enfans des frères et sœurs, et pour ceux-ci dans le cas seulement où ils concourent avec leurs oncles ou tantes, frères ou sœurs du défunt. S'il n'y a point de frères ni de sœurs, les neveux en pareil degré viennent de leur chef et succèdent par têtes et non par souches (2); l'oncle et le neveu

(1) Elle a lieu en collatérale sous la coutume de Montargis, du consentement de tous les intéressés; et sous celle de Blois par rappel de celui de la succession duquel il s'agit.

(2) Paris, 319-320. Etampes, 119. 121. Dourdan, 113. 115. Montfort,

Digitized by Google

succèdent également comme étant en pareil degré, et sans qu'il y ait lieu à représentation (1).

Ce même système est suivi par quelques autres coutumes, mais avec des modifications partielles. Ainsi la représentation n'a lieu, en faveur des enfans, des frères et sœurs, que pour les immeubles et non pour les meubles, sous la coutume de Nivernais (XXXIV, 10-13); pour les propres non pour les acquets, sous celle de Clermont en Argonne (VIII, 4, 5). La coutume de Sens (88-96), qui admet enfin la représentation pour les descendans en ligne directe et pour les enfans des frères et sœurs, repousse le partage par souches, toutes les fois que les appelés sont en pareil degré, même dans la ligne directe.

La coutume de Reims (50, 53, 300, 309) fait la transition à un quatrième système : sous son empire, la représentation a lieu en ligne directe à l'infini; en ligne collatérale, jusqu'aux enfans des frères et sœurs pour les fiefs, et à l'infini pour les rotures. En Normandie (238, 240, 241, 304, 305, 309), il y a représentation à l'infini pour les propres; pour les meubles et acquêts entre oncles et neveux, au premier degré seulement. Les coutumes du Grand-Perche (151), de Touraine (287), Maine (241, 286), Anjou (225), Auvergne (XII, 9), Poitou (277), Saintonge (104), Bretagne (592), et sans doute aussi celle de Loudunois (XXVII, 30) admettent la représentation à l'infini, tant en ligne directe que collatérale, aussi loin que le lignage peut se montrer. Il en est de même sous la coutume

104-105. 110. Mantes, 164-165. Valois, 87. Péronne, 191. 195. 197. Amiens, 69-70. Calais, 110-112. Chauny, 38. 39. Laon, 74-76. Châlons 81-83. Vitry, 66. Troyes, 92. Chaumont, 79. Bar, 119. 128. Bassigny, 139. 145. Melun, 257. 261-263. Orléans, 305. 318. 319. Chartres, 93. Dreux, 83. Châteauneuf, 115. Auxerre, 247. Berry, XIX, 43. Bourbonnais, 306. Haute-Manche, 219. Angoumois, 83. La Rochelle, 53. Comté de Bourgogne, 47.

(1) Paris, 321. Calais, 128. Orléans, 329.

Digitized by Google

du duché de Bourgogne (VII, 18, 19), mais pour les propres seulement (1).

II. La préférence du double lien, en vertu duquel les frères et sœurs germains excluent les consanguins et les utérins, a lieu dans les coutumes de Péronne (189, 190), Artois (105), Troyes (93), Chaumont (80), Bar (129, 130), Clermont en Bassigny (VIII, 10, 21), Orléans (330), Châteauneuf (126), du Grand-Perche (153), de Blois (155), Touraine (289) Nivernais (XXXIV, 16), Poitou (295). La Rochelle (51) et Saintonge (98), quant aux meubles et acquêts.

Il a lieu, même quant aux propres, dans les coutumes de Berry (XIX, 6, 7), du duché (VII, 20) et du comté de Bourgogne (46). Celles de Montargis (XV, 12), Dreux (90), Bourbonnais (317), et vraisemblablemént aussi celle de Chartres (93) admettent le double lien, sans s'expliquer sur la question de savoir, si c'est pour les meubles et acquêts seulement, ou pour les propres. Sous la coutume de Reims (311) les germains concourent avec les consanguins et les utérins, mais ils prennent dans les deux lignes (2).

Sauf les coutumes muettes, aucune autre n'a adopté le privilége du double lien (3).

III. Les droits de primogéniture et de masculinité ont lieu ; 1° dans la France, l'Orléanais, la Champagne (4),

(1) Il y aurait aussi à parler de la représentation au droit d'aînesse, et de la représentation de legs au droit de masculinité. Mais ce détail serait trop long pour trouver place ici.

(2) Sous cette coutume, les meubles et acquets se divisent par moitié entre les deux lignes.

(3) Sont muettes les cout. de Senlis, Clermont en Beauvaisis, Bassigny, Loudunois, du Maine, d'Anjou et de Bretagne.

(4) Les coutumes de Troyes, Chaumont et Vitry, ne parlent toutefois de l'aînesse qu'entre nobles, parce que les roturiers ne pouvaient pas élever des fiefs sans privilège spécial. Chaumont, 10.

Digitized by Google

le Vermandois, la plus grande partie de la Picardie et l'Artois, pour les fiefs tant entre nobles que roturiers; 2° pour tous les fiefs entre nobles, et pour les fiefs anciens entre roturiers, dans le Poitou et la Saintonge; 3° pour tous les fiefs entre nobles seulement, dans l'Aunis, l'Angoumois, la Haute-Marche, l'Auvergne, le Bourbonnais, le Berry et le Nivernais.

Ils ont lieu 4°, entre toute sorte de personnes pour toute sorte de biens, dans le Ponthieu, le Boulenois, et jusqu'à un certain point en Normandie; 5° pour toute sorte de biens entre nobles et pour fiefs entre roturiers, dans le Grand Perche; 6° pour toute sorte de biens entre nobles et pour fiefs anciens entre roturiers dans la Touraine, le Loudunois, le Maine et l'Anjou; 7° pour les fiefs et les meubles entre nobles, pour les fiefs seulement entre roturiers, en Bretagne (1).

Mais il faut voir en quoi ces droits consistent, et faire l'énumération des divers systèmes que les coutumes ont suivis à cet égard (2).

Premier système. Le fils aîné, soit noble ou roturier, prend par préciput le principal manoir, avec le pourpris et le vol du chapon (3), plus les deux tiers des fiefs, s'il n'y a qu'un frère puîné ou une sœur, et la moitié, s'il y en a deux ou plusieurs. Les puînés et les sœurs partagent le reste également entre eux. Entre filles, il n'y a point d'aînesse, non plus qu'en ligne collatérale. En collatérale, les mâles, venant de leur chef, excluent les femelles en pareil degré, concourent avec elles, lorsqu'ils ne viennent que par repré-

(1) Les deux coutumes de Bourgogne sont seules muettes.

(2) Je ne parle pas des fiefs de dignité et de baronies qui ne se départent point entre frères et sur lesquels l'aîné ne doit que provision à ses frères puînés et mariage avénant à ses sœurs.

(3) Il est ordinairement d'un arpent; mais il y a quelque diversité entre les coutumes.

Digitized by Google

sentation, en degré inégal. Ce système est suivi dans la France propre et dans l'Orléanais (1); il a aussi lieu, par importation, sous la cout. de Calais (13-18, 113, 114, 120).

Second système. A Mantes, dans le Vexin français et le Beauvaisis, l'aîné prend toujours les deux tiers des fiefs, quel que soit le nombre des puînés et des filles. D'ailleurs ce système est semblable au précédent, excepté qu'à Clermont en Beauvaisis, la fille aînée prend hors part le principal manoir, sans autre avantage.

Troisième système. Dans la Champagne et le Vermandois, une fille ne prend que demi-part du puîné : d'ailleurs, ce système offre trois variantes bien distinctes.

A Laon (147-153, 162-163) et à Reims (41-47, 51-56), le fils aîné prend le principal manoir avec l'enclos, plus la moitié ou les deux tiers des fiefs, selon qu'il concourt avec un ou plusieurs puînés, ou deux ou plusieurs filles, ou bien avec une fille seulement.

A Châlons (150-159, 175-176) et à Vitry (55-59), l'aîné prend un manoir à son choix pour tout avantage; et s'il y a plusieurs manoirs, chaque puîné en prend un à son rang d'âge; s'il y a moins de manoirs que de fils, les plus jeunes n'en ont point; s'il y en a plus, ceux qui restent se partagent également comme les autres fiefs, sauf qu'une fille n'a jamais

(1) Paris, 13-19. 323. 331. Etampes, 9-11. 121. 122. Dourdan, 4-6. 8. 12. 13. Montfort. 9-14. 21. 25. 109. Senlis, 126-137 (pour la partie du territoire de cette coutume qui est au sud et à l'est de l'Oise). Valois, 57-60. Melun, 89-92. 96-99. Orléans, 89-90. 305. 320-321. Montargis, I, 22-25. 42. 43. XV, 19. Chartres, 5-6. 96. 97. Dreux, 3. 4. 87. Chateauneuf, 5. 6. 119. Blois, 143-145. 145. 152. 153.—A Chateauneuf l'exclusion des filles, en collatérale, est perpétuelle tant qu'il y a des mâles et pas seulement en pareil degré; de plus, quand l'aîné meurt sans descendans légitimes, le plus âgé des puînés survivant ou son représentant, prend l'aînesse; dans ce cas, il y a donc droit d'aînesse en collatérale.

(2) Mantes, 1-3. 9. 19. 20. Senlis, 126-137 (pour la châtellenie de Pontoise et le pays de delà l'Oise) Clermont-en-Beauvaisis, 84-86.

Digitized by Google

de précipnt, et ne prend qu'une demi-part dans ce qui se partage.

L'aîné prend à Troyes (14, 15) et à Chaumont (8, 9) un château ou maison forte avec l'enclos et le vol du chapon, et de plus, un membre de chaque espèce de terres et de droits qui dépendent du château; à Bar (112-120), un château fort, avec les murailles et fossés, et un journel de terre joignant le château; à Meaux (160-165), le maître-hôtel ou châtel, avec l'accint, ou à défaut d'accint, le vol du chapon estimé à un arpent; dans les coutumes de Bassigny (28, 35, 36) et de Clermont en Argonne (IV, 2-4-8, 12-17), enfin, un château seulement avec ses murailles et ses fossés. Tout le reste des fiefs se partage également, sauf qu'une fille n'a que demi-part.

Dans ce troisième système, comme dans les deux premiers, il n'y a point d'aînesse entre filles ni en collatérale; et, en collatérale, les mâles excluent les filles en pareil degré.

Quatrième système. Le fils aîné prend le principal manoir avec le vol du chapon, à Sens (201-204) et à Auxerre (53, 54, 58, 59), tant entre nobles que roturiers; dans le Berry (XIX, 31), le Bourbonnais (301-209), la Haute-Marche (95, 213-215, 221) et l'Auvergne (XII, 25, 31, 51-52) entre nobles seulement. Pour le reste des fiefs, partage égal entre l'aîné, les puînés et les filles, entre filles et en collatérale, point d'aînesse. La coutume de Sens préfère les mâles aux filles en pareil degré, en ligne collatérale; les filles mariées sont forcloses tant qu'il y a des mâles, sous la coutume de Bourbonnais, d'Auvergne et de la Haute-Marche; celles d'Auxerre et de Berry sont muettes à cet égard.

La coutume de Nivernais (XXXV, 1-6, 14) donne à l'aîné le principal manoir, le meilleur fief et le meilleur serf pour tout avantage; l'aînesse n'a lieu qu'entre nobles vivant no-

Digitized by Google

blement, en ligne directe quand la chevance du défunt vaut cent livres de rente, et non autrement. Elle n'a lieu ni en succession de femme ni entre filles. Les mâles et descendans de mâles forclosent les filles en ligne collatérale.

Cinquième système. Dans le Poitou, le droit d'aînesse a lieu, tant en ligne directe que collatérale, pour tous les fiefs entre nobles, et entre roturiers, pour les fiefs tombés en quarte foi seulement, c'est-à-dire lorsqu'il y a eu trois mutations depuis le premier roturier acquéreur du fief. Le principal héritier mâle, ou qui le représente, prend pour son droit d'aînesse le principal châtel ou hôtel, avec les préclotures anciennes jusqu'à concurrence de trois sextrées de terres, et quant au surplus, les deux tiers de toutes les terres et revenus nobles; les puînés et les filles se partagent l'autre tiers également. Entre filles, lorsqu'il n'y a ni mâle ni représentant de mâle, l'aînée prend le château avec les clôtures anciennes, pour tout avantage (Art. 280, 289-296).

Sixieme système. Le droit d'aînesse a lieu sous les coutumes d'Angoumois (85-91) et de La Rochelle (54, 55) pour les fiefs et entre nobles seulement, sous celle de Saintonge (91-96, 102-103) entre nobles seulement pour tous les fiefs, entre roturiers pour les fiefs tombés en tierce foi. En ligne directe, l'aîné mâle ou qui le représente, ou s'il n'y a que filles, l'ainée des filles, prend le principal manoir avec les préclôtures anciennes, et le quint des choses nobles par préciput : quant au surplus, il partage également avec les co-héritiers. En vraie succession collatérale, il n'y a aucun droit d'aînesse; mais si la succession n'a pas encore été partagée et quintée, et qu'un des cohéritiers meure dans l'indivision, la succession est réputée directe, tellement que, si c'est l'ainé qui est mort, le premier puîné prend le préciput en son lieu et place : si c'est

Digitized by Google

un puîné, le droit d'aînesse se prend sur la part de ce puîné comme sur le reste de la succession.

Septième système. Les coutumes d'Amiens (71, 72, 81, 84, 85) et d'Artois (94-97, 99, 100, 103, 104) donnent à l'aîné mâle, et à son défaut, à l'aînée femelle, le principal manoir avec pourpris et accinct hors part, plus tous les fiefs propres ou d'acquêt, en ligne directe, à charge du quint hérédital des puînés (1); en ligne collatérale, sans charge de quint. Sous la coutume d'Amiens, il y a accroissement entre puînés pour les parts de ceux qui s'abstiennent ou qui meurent sans descendans, et le quint ne revient à l'aîné que quand il ne reste aucun puîné. Sous celle d'Artois, les parts non appréhendées ou éteintes retournent directement à l'aîné. En succession de fief, le mâle en pareil degré exclut la femelle.

Le système de la coutume d'Amiens est suivi par celle de Péronne (169, 175-183), mais entre nobles seulement; et par celle de Chauny (73-75, 78), aussi entre nobles, mais avec cette différence que les fiefs se quintent même en succession collatérale. Entre roturiers, l'aîné ou l'aînée, ont, dans l'une et l'autre coutume, le principal manoir avec le pourpris, et la moitié ou les deux tiers des fiefs selon qu'il n'y a qu'un puîné ou une fille, ou qu'il y en a plusieurs.

Les coutumes locales de Vermandois, savoir, Noyon, Saint-Quentin, Ribemont et Coucy, sont, à quelques différences près, semblables à celles de Péronne et de Chauny.

Huitième système. Dans le Ponthieu (1-3, 13-15, 59, 60), à l'aîné mâle, et, à son défaut, à l'aînée des filles, appartiennent, en ligne directe, tous les meubles et tous les im-

(1) Toutefois, sous la coutume d'Artois, les fiefs ne se quintent qu'en succession de père et de mère, et non en celle de grand-père, grand'mère, ou d'autres.

Digitized by Google

meubles féodaux ou cottiers, propres ou d'acquêt, sauf aux puînés un quint viager qui retourne à l'aîné à leur mort, sans accroissement entre les puînés. Entre collatéraux pareils en degré, l'aîné est seul héritier des meubles et acquêts, ainsi que des propres venus de son côté et ligne. Le quint de vivre naturel ne saisit point (1).

Dans le Boulenois, il n'y a aussi qu'un héritier en ligne collatérale. En ligne directe, les fiefs soit propres ou d'acquet sont à l'aîné ou à l'aînée, à charge d'un quint héréditaire aux puînés, en successions de père et de mère seulement. Les propres cottiers sont aussi à l'aîné, sans charge de quint, entre roturiers; et entre nobles, l'aîné ne doit aux puînés que l'estimation du quint des propres cottiers. Les meubles et les acquêts cottiers se partagent sans droit d'aînessse. (Art. 62-70, 76, 81-83).

Neuvième système. Dans le Grand-Perche (137-146, 150, 154, 157), l'aîné mâle, entre nobles, prend par préciput le principal manoir avec le circuit, et le bois de haute futaie qui est en vue du manoir, jusqu'à concurrence de quarante arpens, plus la moitié ou les deux tiers de tous les immeubles féodaux ou autres, selon qu'il y a un ou plusieurs fils puînés ou filles, et tous les meubles. Entre filles, il n'y a point d'aînesse, non plus qu'en collatérale, où l'aîné ou ses représentans succèdent également avec les puînés survivans, ou leurs représentans aux meubles et acquêts : mais il y a accroissement entre les puînés mâles, pour le tiers qui leur a été baillé par l'aîné, et à l'exclusion de celui-ci. Les filles, en collatérale, sont exclues par les mâles en pareil degré pour les fiefs propres seulement, et non pour les fiefs d'acquêt, tant entre nobles que roturiers. Entre roturiers, l'aîné n'a en avantage que la principale

(1) Il faut distinguer le quint naturel du quint datif, dont il a été question à la qualité disponible.

Digitized by Google

maison manable tenue en fief, et un demi-arpent de terre découverte (art. 158).

Dixième système. En Caux, lorsque les père, mère ou autres ascendans sont décédés sans dispositions ou testament (1), l'aîné a le manoir et pourpris, plus les deux tiers de toute la succession propre, le tiers restant se partage également entre les puînés et leur appartient en propriété. Les filles sont mariées sur les meubles, et s'ils ne sont suffisans, sur toute la succession pour la part échue tant à l'aîné qu'aux puînés. Si un puîné décède sans enfans, l'aîné prend les deux tiers des biens provenus de la succession paternelle, mais partage également aux meubles et acquêts, sauf son préciput pour les fiefs nobles indivisibles, selon la coutume générale de Normandie. L'aîné a de plus toute l'ancienne succession de ses autres parens collatéraux, sans en faire part ou portion à ses frères puînés. S'il n'y a en tout qu'un seul fief noble dans la succession, l'aîné l'emporte et les puînés n'y ont qu'un tiers à vie, selon la coutume générale.

Onzième système. En Normandie (237, 248 et suiv., 272, 309, 318, 321, 335, 347, 356), le fils aîné, noble ou roturier, est seul saisi de la succession, et fait les fruits siens jusqu'à la demande en partage. Il peut prendre par préciput tel fief ou terre noble que bon lui semble, et s'il y a plusieurs fiefs, chaque puîné à son rang peut choisir de même un préciput, mais l'aîné ou les aînés qui ont pris préciput, laissent, aux puînés qui n'en ont point eu, tout le reste de la succession à partager entre eux. S'il n'y a qu'un seul fief dans la succession, sans autres biens, l'aîné

(1) Cout. de Normandie, art. 295 et suiv. art. 318. Voyez plus bas les dispositions qu'il est permis aux ascendans de faire à leurs puînés. Si les puînés avantagés renoncent à la disposition, ils ne peuvent demander à l'aîné que provision à vie, et non partage de succession. (Cout. de Norm., art 290 et suiv.)

Digitized by Google

le prend, à charge de provision du tiers à vie aux puînés. S'il n'y a qu'un seul hébergement ou manoir roturier aux champs, l'aîné ne peut l'avoir qu'en récompensant ses puînés. En collatérale, si l'aîné meurt avant les partages faits, le second fils prendra un préciput du chef de l'aîné et un de son chef; si un puîné meurt avant partage, l'aîné comme son héritier prend aussi deux préciputs. Après partage, la succession en propres du puîné est échue aux autres puînés qui avaient partagé avec lui, à l'exclusion des aînés qui avaient pris préciput (1); mais les meubles et acquêts se partagent également entre frères, sauf le préciput de l'aîné, s'il y a un ou plusieurs fiefs nobles. Entre collatéraux plus éloignés, il n'y a point de préciput, et s'il y a fief noble impartable, l'aîné, ou à son refus un autre frère, le prendra en récompensant les cohéritiers. Tant qu'il y a mâles ou descendans de mâles, les femelles et descendans de femelles sont exclus de la succession aux propres, et ne peuvent demander que mariage avenant, évalué à un tiers au plus pour toutes, quelque soit leur nombre, à moins qu'elles n'aient été réservées à partage, ou que leur frère soit refusant de les marier. Pour les meubles et les acquêts, les frères excluent les sœurs, et les descendans des frères les descendans des sœurs en pareil degré; seulement, les fiefs qui sont impartables et individus à l'égard des mâles, peuvent se partager entre filles héritières, jusqu'à un huitième de fief de haubert, si les partages ne peuvent être faits autrement.

Douzième système, en Bretagne (541, 543, 548, 563, 564, 588, 589), entre nobles anciens vivant noblement,

(1) Le frère aîné peut toutefois prendre le fief venu de la succession paternelle et maternelle, lorsque ce fief n'a pas été choisi par préciput mais partagé avec les autres biens de la succession art. 342. Mais dans ce cas il ne peut plus prendre un second préciput sur les acquêts nobles. art. 349.

Digitized by Google

le fils aîné a seul la saisine de la succession, et prélève dans le partage le principal manoir et le pourpris. Il a de plus les deux tiers des terres nobles, tant de patrimoine que d'acquêt et les deux tiers des meubles; le tiers restant se partage également entre les puînés et les filles. En ligne collatérale, soit qu'il s'agisse de la succession de l'aîné ou de celle d'un puîné ou d'une fille ou de leurs descendans morts sans hoirs de leurs corps, l'aîné des survivans ou qui le représente, recueille seul tout ce qui procède du tronc commun, soit fiefs ou autres choses, et qui aurait été baillé par l'aîné en partage à ses puînés, sans que les puînés survivans puissent y rien prétendre; quant aux acquêts et aux autres biens nobles qui ne sont pas du tronc commun, ils se partagent noblement par les deux parts et le tiers. Les terres roturières se partagent également entre l'aîné et les puînés, tant en ligne directe qu'en collatérale.

Entre roturiers, le fils aîné (ou son représentant), prend par préciput un sou par livre des terres nobles, en succession directe seulement; il peut avoir de plus la principale maison et logis suffisant, en récompensant les autres.

Treizième et dernier système. Dans la Touraine (260, 263, 267, 273, 274, 279, 283, 297, 299), et le Loudunois (XXIII 3, 7, 13, 14, 22, 24, XXIX, 2, 5), le fils prend le principal manoir avec le pourpris et le chezé ou vol du chapon (1) en avantage, et de plus tous les meubles s'il les veut, et les deux tiers de tous les héritages nobles ou roturiers, propres ou d'acquêt; les puînés et les filles n'ont qu'un tiers (2). S'il n'y a que filles, l'aînée prend l'aînesse comme entre mâles; dans le Loudunois, dans la Touraine, elle n'a que l'avantage et peut prendre les meubles, mais partage pour le surplus également avec ses

(1) Évalué à 2 arpens. Touraine. 260.

(2) Dont ils sont saisis dans la Touraine, tandis que dans le Loudunois, l'aîné seul a la saisine.

Digitized by Google

sœurs. Si l'aîné meurt sans hoirs de sa chair, le plus âgé des puînés prend l'aînesse comme en ligne directe. En ligne collatérale, l'aîné, ou à défaut de mâles, l'aînée, prend seul toute la succession, excepté en deux cas : lorsque les puînés tiennent leurs parts indivises, et lorsque la succession naît ou procède du frère aîné ou autre parent chef de ligne, dont ils sont descendus, ou de leurs représentans. Dans le premier cas il y a, entre les puînés, accroissement pour leurs parts héréditaires, et succession aux meubles et acquêts à l'exclusion de l'aîné (1). Dans le second cas, la succession n'advient pas à l'aîné seul, mais tous les membres en sont abreuvés ; l'aîné ou ses représentans n'en prennent que les deux parts avec l'avantage. Entre roturiers, le droit d'aînesse n'a lieu que pour les fiefs tombés en tierce foi, et non pour les meubles, les rotures, ni les fiefs de nouvel acquêt.

Une variante de ce système a lieu dans le Maine (110, 238, 239, 244, 247, 250, 252, 273, 277, 280, 283), et l'Anjou (97, 222, 227, 230, 233, 235, 255, 259, 265). A l'aîné ou aînée noble et à leurs représentans, appartient, en ligne directe ou collatérale, le principal manoir avec l'enclos en avantage, plus les deux tiers des immeubles féodaux ou censuels, et tous les meubles. Le tiers restant se partage également entre les puînés et les filles ; mais les puînés, quoique saisis de leur part, ne sont point héritiers en ligne directe, et n'ont leur part qu'en bienfait et en usufruit. A leur mort, leur part, si elle est indivise, accroît aux autres puînés ; sinon elle retourne à l'aîné et se consolide avec la propriété. Les enfans des puînés ne leur succèdent que pour les meubles et les acquêts. Les puînés en ligne collatérale et les filles en ligne tant droite que collatérale, ont leur part du tiers en propriété. Entre roturiers,

(1) Non des ascendans, s'il y en a, quant aux meubles et acquêts.
(2) Cout. du Maine, art. 110. — Cout. d'Anjou, art. 97.

Digitized by Google

il n'y a lieu au droit d'aînesse que pour les fiefs tombés en tierce foi, et l'aîné prend en ceux-ci les deux parts sans autre avantage ; les puînés succèdent en propriété, même en ligne directe.

IV. Pour la succession aux propres, deux règles se trouvent consacrées concurremment par la plupart des coutumes :

1° Les propres ne remontent point en ligne directe ; c'est-à-dire qu'à défaut d'enfans et autres descendans, les collatéraux succèdent, à l'exclusion des ascendans, aux immeubles qui étaient échus au défunt par succession. Cette règle ne s'applique qu'aux propres naturels et non aux conventionnels, et n'exclut pas le droit de réversion des immeubles donnés en avancement d'hoirie par les père, mère, ou autres ascendans à leurs enfans morts sans descendans. (1)

2° Les propres retournent au plus prochain lignage du côté et ligne dont ils sont venus, ce que l'on a exprimé aussi par l'adage : *paterna paternis, materna maternis* (2).

Les propres remontent, par exception, sous la coutume d'Amiens (68, 88), et retournent aux descendans paternels ou maternels, selon qu'ils sont venus de l'un ou de l'autre côté (3).

(1) Les immeubles même d'acquêt ne remontent point sous les coutumes de Loudunois (XXIX, 13) et d'Angoumois, (87) pour celles du Maine (288), d'Anjou (270), et de Poitou (284); les ascendans n'ont que l'usufruit des immeubles auxquels ils succèdent; et sous celles de Nivernais (XXXIV. 9) l'usufruit des propres. Les propres remontent d'ordinaire, pour exclure le fisc, à défaut de collatéraux habiles à succéder. Montfort, (101). Mante, (170). Péronne, 199. Laon, 81. Châlons, 96. Clermont-en-Argonne VIII, 11. Melun, 269. Orléans, 326. Touraine, 310. Poitou, 284. Angoumois, 87.

(2) Il y a dévolution d'une ligne à l'autre, pour exclure le fisc. Paris, 330. Calais, 118. Laon, 82. Châlons, 97. Reims, 316. Clermont-en-Argonne VIII, 12. Orléans, 326. Berry, XIX, 1. — *Secus* Maine, 286. Anjou, 268. Normandie, 245. Bretagne, 595.

(3) *Voy.* aussi cout. de Boulenois, 97. 83, et coutume de Sens, 86.

Digitized by Google

Sous la coutume de Normandie (241, 242), aucun ascendant ne succède tant qu'il y a des descendans *de lui* vivans : ainsi les père et mère sont forclos par les frères, sœurs, neveux et nièces du défunt, mais succèdent avant les oncles et tantes, qui excluent, à leur tour, les aïeuls et aïeules, et ainsi de suite.

Sous la coutume de Nivernais, les propres ne remontent pas en succession collatérale (XXXIV, 8) (1).

Dans les coutumes souchères, il ne suffit pas, pour succéder aux propres, d'être lignager du côté dont les immeubles sont venus par succession, mais il faut être descendu en ligne directe de la souche commune, c'est-à-dire de celui qui a le premier acquis l'immeuble et qui l'a mis en ligne (2).

Les coutumes d'Auvergne (XII, 6, 7, 19) et de la Haute-Marche (232, 233) réputent les acquêts biens paternels. Sous celle de Poitou (217), à défaut de propres dans une ligne, la moitié des acquêts en tient lieu.

V. A défaut d'enfans, les meubles et acquêts vont aux père, mère et autres ascendans, et à leur défaut, au plus proche parent collatéral, sans distinction de côté et ligne (3).

La coutume de Normandie (310, 325-328) donne la préférence aux parens paternels sur les maternels. Les coutumes du Maine (254, 288) et d'Anjou (237, 270) ne font exclure les collatéraux que par les père et mère, non par les autres ascendans, et ces mêmes coutumes, ainsi que celle de Loudunois (XXIX, 13), ne leur assignent que les meu-

(1) *Voy.* aussi cout. de Sens, art. 84 *in fine*.

(2) Dourdan, 116-118. Mante, 166. 167. Melun, 20. Montargis, XV, 3. 7. 10. Touraine, 287. 288. 310. La coutume d'Auxerre, 240. 241, est douteuse.

(3) Les meubles et acquêts se partagent souvent par moitié entre les deux lignes, Péronne, 199. Bassigny, 143. Touraine, 312. Maine, 286. Anjou, 268. Loudunois, XXIX, 14. 15. 23. Bourbonnais, 315. La coutume de Bretagne (593) ordonne de plus la refente par ramages.

Digitized by Google

bles. Sous la coutume de Berry (XIX, 3), les ascendans ont les meubles en pur gain et les acquêts en usufruit seulement ; sous celle de Saintonge (97), ils prennent seuls les meubles et partagent les acquêts avec les frères et sœurs ; sous celle d'Orléans (313), les père et mère ont la propriété des meubles et acquêts; les aïeuls et aïeules l'usufruit seulement en concours avec les frères et sœurs, et la propriété, en concours avec des collatéraux plus éloignés. La coutume de Bourbonnais (314) fait enfin concourir les ascendans avec les frères et sœurs. La coutume de Bretagne (594), à défaut d'enfans et de père ou mère, appelle successivement les frères et sœurs, puis les aïeuls et aïeules, puis les oncles, et ainsi de suite (1).

VI. L'égalité qui fait la règle dans le partage des successions, ou pour parler d'une manière plus générale et plus rigoureuse, le partage égal ou inégal tel qu'il est réglé par la coutume, ne peuvent être altérés par le fait de l'homme, par la volonté de celui de la succession duquel il s'agit. Tel est le principe consacré avec plus ou moins de rigueur par le plus grand nombre des coutumes.

Dans la coutume de France, d'Orléanais, de Champagne et d'autres lieux, on ne peut être héritier et légataire ensemble en ligne directe ou collatérale; c'est-à-dire, que l'héritier ne peut recevoir par testament aucun legs, à moins de renoncer à la succession et de se faire étranger, auquel cas les règles ordinaires sur la quotité disponible deviennent applicables. Par cette même coutume, les ascendans ne peuvent avantager aucun de leurs enfans ou descendans par donations entre vifs: ces donations, en ligne directe, sont toujours censées faites en avancement d'hoirie et sujettes à

(1) La coutume de Montargis XV, 10, appelle à la succession des meubles et acquêts le plus prochain, sans distinguer entre ascendans et collatéraux. Les coutumes de Chartres et Dreux sont seules muettes.

Digitized by Google

rapport ; mais le rapport n'est point dû en ligne collatérale (1).

Plusieurs autres coutumes admettent de même qu'on ne peut être à la fois héritier et légataire soit en ligne directe soit en collatérale, mais varient sur la question de savoir si l'on peut être héritier et donataire ensemble. Les coutumes de Valois (81-83) et de Blois (158; 167), assujettissent toutes les donations, même en ligne collatérale, au rapport, quand le donataire veut prendre part à la succession du donateur. Celles de Châlons (71, 100, 101, 107) du Grand-Perche (93, 123-126) obligent au rapport, en ligne directe, même le donataire qui voudrait renoncer à la succession pour s'en tenir à son don. Celle de Chauny (13, 21, 22, 50, 60) exige le rapport de l'immeuble donné entre vifs, même par celui qui renonce à la succession, mais permet d'avantager en meubles par disposition entre vifs un héritier au-delà des autres. Sous la coutume de Poitou (215-218, 272), on ne peut être à la fois héritier et donataire en propres, mais bien en meubles et acquêts. Sous celle de Bourbonnais (217, 308, 313, 321), les donations entre vifs ne se rapportent point en ligne collatérale, ni en ligne directe lorsqu'elles sont faites par préciput et hors part en contrat de mariage.

La coutume de Clermont en Argonne (VII, 4, 5, VIII, 3, IX, 1, 3, 8) porte qu'on ne peut être héritier et légataire en ligne directe, mais en ligne collatérale, quant aux meubles et acquêts, non quant aux propres. Les ascendans ne peuvent

(1) Paris, 300-307. Etampes, 109-112. Dourdan, 106-108. Monfort, 93-97. Mante, 152-161. 162. Senlis, 160. 161. 217. Clermont-en-Beauvaisis, 129. 137. 145. suiv. Calais, 52. 53. 93-99. Laon, 88-98. Vitry, 73, 99. 100. Troyes, 112. 113. 142. Chaumont, 85. Sens, 72. 73. Bar, 99. 100. 133. 131. 138. 165. Bassigny, 141. 142. 152-156. Meaux, 11-12. 26. 33. Melun, 249. 274. 276. Orléans, 273. 286. 288. Montargis XI, 2. 9. XII, 2. XIII, 3. XV, 1. 20. Chartres, 92. 100. Dreux, 91. Chateauneuf, 114. 123. 127. Auxerre, 229. 230. 244. 250. Nivernais XXVII, 7. suiv. XXXIII, 11. XXXIV, 20.

Digitized by Google

avantager leurs enfans et descendans au préjudice les uns des autres par dispositions entre vifs. La coutume du duché de Bourgogne dit simplement qu'on ne peut être héritier et légataire ensemble sans s'expliquer sur les donations entre vifs. La coutume du comté de Bourgogne est muette.

D'autres coutumes suivent un système fort différent; mais, si elles permettent d'avantager un héritier, ce n'est que pour diminuer l'inégalité prodigieuse que la coutume met entre la condition de l'aîné et celle des puînés. Elles interdisent tant en ligne directe qu'en ligne collatérale, de rien donner à l'héritier principal autrement qu'en avancement d'hoirie; et celles de ces coutumes qui n'admettent pas régulièrement le droit d'aînesse entre roturiers, ne veulent pas que ceux-ci puissent faire la condition d'un de leurs enfans ou autres héritiers meilleure ou pire que celle des autres. Ainsi les coutumes de Touraine (233-235, 248, 249, 302, 304, 309), de Loudunois (XXV, 112 XXVI, 2 XXIX, 7, 12), du Maine (268, 278, 333-349), d'Anjou (260, 320-338) et de Bretagne (199, 203, 217, 596) ne permettent d'avantager que les puînés entre nobles; et les coutumes de Ponthieu (20, 24, 25, 61), Boulenois (91, 92), Artois (79, 148) et la coutume locale de Caux (cout. de Normandie, art. 279 suiv.) permettent d'avantager les puînés sans distinction entre nobles et roturiers. Il y a d'ailleurs diversité entre ces coutumes quant au mode et à la qualité de l'avantage permis en faveur de l'un des puînés ou de tous.

Un troisième système est celui des coutumes qui permettent d'avantager un héritier au préjudice de l'autre, sans distinction entre aînés et puînés. La coutume de Normandie (424, 425, 431, 434) le permet par testament pour meubles et en ligne collatérale seulement; celle de la Saintonge (87, 88), tant en ligne directe que collatérale, pour les meubles, les acquêts et un tiers des propres; celle d'Angoumois (4-96, 115), entre vifs, pour la même quotité, et par testament, pour les meubles et acquêts seulement, à l'exclusion

Digitized by Google

des propres ; celle de La Rochelle (42), interdit expressément d'avantager un héritier en propres. Sous les coutumes d'Auvergne (XII, 46) et de la Haute-Marche (212, 252), le prélegs permis en faveur d'un héritier peut aller jusqu'à la quotité disponible en faveur des étrangers. La coutume de Berry (XIX, 42) dispense du rapport les donations faites par préciput même en ligne directe; il en est de même de la coutume de Reims (233, 287, 288, 302, 317, 320, 324), qui permet aussi de léguer hors pars à un héritier les meubles et les acquêts. La coutume de Péronne (107, 169, 205) permet en termes généraux de donner et de léguer aux héritiers par préciput. Sous celle d'Amiens (91, 92), les enfans venant à succession se doivent le rapport de ce qu'ils ont reçu en mariage, si ce n'est qu'ils aient tous été mariés. Dans ce cas ils sont dispensés du rapport, encore que l'un eût reçu beaucoup plus en mariage que l'autre.

KLIMRATH,
docteur en droit.

Digitized by Google

DE LA PÉNALITÉ

DANS SES RAPPORTS AVEC LA RÉFORME DES PRISONS (1).

I. Lorsque Beccaria publia son livre *des Délits et des Peines*, notre vieille législation pénale se dressait encore debout, au milieu de l'ébranlement social du 18e siècle. La mort et les tortures corporelles y occupaient encore une grande place : la question précédait souvent le supplice; le fouet, la marque, diverses mutilations livraient le corps des condamnés au bourreau; le carcan et le pilori l'exposaient presque toujours aux violences de la populace. L'infamie était donnée en spectacle, et atteignait le coupable sous toutes les formes : assistance à la potence, traînée sur la claie, promenade dans les rues, amende honorable, blâme, condamnation de mémoire, dégradation de noblesse, etc., etc. La peine des galères était prodiguée; enfin la confiscation, attachée à la peine de mort et à toutes les peines perpétuelles, ajoutait une dernière aggravation à tout ce système de pénalité.

Le livre de l'écrivain milanais eut donc le caractère et l'à-propos d'un ouvrage de circonstance.

Il eut, en France, un vaste retentissement.

Mais, au lieu d'y voir une attaque, on y vit une doctrine; au lieu de

(1) M. Moreau-Christophe, en nous communiquant cet article, nous adresse la lettre suivante :

Nogent-le-Rotrou, ce 16 août 1837.

A M. le directeur de la *Revue de législation*.

« Monsieur, quelque désavantage qu'il y ait pour un auteur à ne faire connaître » que partiellement la théorie d'un système qu'on ne peut sainement apprécier que » dans son ensemble, je vous envoie, pour être inséré dans le plus prochain numéro » de votre excellent Recueil, un fragment de chapitre de l'ouvrage que je me propose » de publier prochainement sur la *Réforme des prisons en France*, considérée dans » ses rapports avec les faits de causalité des crimes et des récidives. Cet ouvrage sera » le complément de celui dont M. Faustin Hélie a rendu compte, dans votre livraison » du 30 juin, en des termes qui ajoutent à ma reconnaissance tout ce qu'ils me font » éprouver d'orgueil. Déjà la *Presse* et la *Revue française* ont reproduit quelques » unes de mes pensées de réforme sur ce qu'il convient de faire pour assainir la » source avant de purifier l'égout de nos prisons. Il n'appartient qu'à la *Revue de* » *législation* de m'aider à propager le PRINCIPE PÉNAL sur lequel tout mon système » repose.

» Ce principe, je l'espère, portera bientôt ses fruits.

» Veuillez agréer, M. le directeur, l'assurance de ma considération » la plus distinguée.

» MOREAU-CHRISTOPHE. »

Digitized by Google

s'en servir comme d'une arme pour détruire, ou s'en servit comme d'une base pour édifier (1).

Son premier effet fut une réaction.

La justice sociale avait pris une latitude effrénée, et on travailla à la circonscrire dans les limites les plus resserrées; elle se montrait prodigue de châtimens terribles, on voulut qu'elle s'en montrât avare; elle avait inscrit la peine de mort presqu'à chaque page de ses Codes, on demanda que cette peine en fût entièrement effacée; elle était sans pitié pour les méchans, on lui fit un devoir de n'avoir plus de pitié que pour eux; elle se croyait, de tout temps, la mission de prévenir et de punir, on ne lui laissa plus que le droit de se défendre!

Ce système de la défense directe, suivi, depuis Beccaria, par Mably, Rousseau, Voltaire, Morellet, Pastoret, et tous les autres philosophes et publicistes du même temps, repose sur la supposition d'une convention primitive par laquelle les hommes, auparavant indépendans et isolés, se seraient réunis en société, et auraient aliéné une portion de leur liberté pour jonir, avec plus de sûreté, du reste; hypothèse fausse et contredite par toute l'histoire, par toute la philosophie du genre humain. L'homme n'a rien aliéné, n'a pu rien aliéner. Il n'a point cédé une chose, il ne s'en est point réservé une autre. Il n'a point stipulé pour lui et pour les siens. Il n'a point le choix, il ne l'a jamais eu. Il est essentiellement et constitutivement être social. L'état de société est son état de nature : il a toujours trouvé la société toute faite; il l'a trouvée toute composée d'un passé et d'un avenir; il y est né seulement avec sa liberté morale. Ainsi, dit Ballanche, la société a des droits antérieurs aux individus qui la composent, des droits primitifs qui dominent et enchaînent les individus (2).

C'est ce que la voix puissante de Bentham sut si énergiquement proclamer, en reléguant au rang des idéologies du XVIIIme siècle le système de Beccaria et tous les autres systèmes professés jusqu'à lui. « Ce qui justifie la peine, dit-il, c'est son utilité majeure, ou pour mieux dire, sa nécessité. Les délinquans sont des ennemis publics. Où est le besoin que des ennemis consentent à être désarmés ou contenus (3)? »

Cette doctrine nouvelle était toute *palpitante d'actualité*, à l'époque de la discussion du Code pénal de 1810; aussi ce Code en est-il tout empreint. On la retrouve plusieurs fois reproduite dans les rapports officiels

(1) *Voy.* Rossi, *Traité de droit pénal.*

(2) « Si le sauvage de nos jours, ayant connaissance de notre état de civilisation, n'en est nullement tenté et reste inébranlable dans le sien, comment veut-on que le sauvage primitif en soit sorti par voie de délibération, pour passer dans un autre état dont il n'avait nulle connaissance? Donc la société est aussi ancienne que l'homme, donc le sauvage n'est et ne peut être qu'un homme dégradé et puni. » (Joseph de Maistre.)

(3) *Théorie des peines et des récompenses*, t. I, p. 7.

Digitized by Google

du Conseil d'État, et notamment dans cette pensée de Target : « La gravité des crimes se mesure non pas tant sur la perversité qu'ils annoncent que sur les dangers qu'ils entraînent (1) ».

C'est donc à l'école des *utilitaires* qu'appartiennent les rédacteurs du Code de l'Empire. Ils mesurent la peine sur le danger; et non sur la moralité des actes qu'ils incriminent. Ils font, en thèse générale, abstraction de cette loi morale que révèle la conscience, et qui distingue parmi les actions humaines celles qui sont licites, de celles qui sont défendues. La nécessité de la peine, c'est la règle des incriminations du Code?

Je ne crois pas qu'à aucune époque, et sous quelque gouvernement que ce soit, la pénalité sociale, puisse être assise sur d'autres bases.

L'homme en société a deux sortes de devoirs à remplir; — des devoirs individuels comme homme, — des devoirs sociaux comme citoyen.

La violation des premiers constitue le *péché*, qui ne relève que de la justice de Dieu.

La violation des seconds constitue le *crime*, le *délit* ou la *contravention*, qui relèvent en outre de la justice humaine.

La loi ne punit point l'infraction aux devoirs individuels, parce que cette infraction ne touche que l'intérêt de l'individu qui la commet.

La loi punit l'infraction aux devoirs sociaux, parce qu'elle touche à l'intérêt de la société qui en est lésée.

La loi, dans ses incriminations, ne se préoccupe jamais de la criminalité intrinsèque de tel ou tel acte, mais de sa criminalité relative, eu égard au plus ou moins de préjudice que la société en reçoit.

De même, dans la distribution progressive de ses peines, la loi ne se préoccupe jamais de la *moralité des agens*, mais uniquement de la *nocuité des actes*.

« Rien, suivant la seule raison; n'est juste de soi, dit Pascal; tout branle avec le temps; la coutume fait toute l'équité, par cela seule qu'elle est reçue; c'est le fondement mystique de son autorité. Qui la ramène à son principe, l'anéantit : rien n'est si fautif que ces lois qui redressent les fautes; qui leur obéit parce qu'elles sont justes, obéit à la justice qu'il imagine, mais non pas à l'essence de la loi : elle est toute ramassée en soi : elle est loi et rien davantage (3) ».

Il peut se faire qu'un acte ne soit nullement immoral en soi, et que la loi cependant le comprenne dans la classe des actes punissables. La contrebande, par exemple, la mendicité, le vagabondage, l'exercice de la médecine sans diplôme, la contravention aux lois sanitaires, etc., etc., sont autant de faits que la conscience peut avouer. Mais comme ces faits portent atteinte à l'ordre public établi, il y a pour la société nécessité de les défendre et de les punir dans l'intérêt de sa propre conservation.

(1) Obs. de M. Target sur le Code pénal. Locré, t. XXIX, p. 8.
(2) *Théorie du Code pénal*, par MM. Chauveau et Hélie, t. I, p. 20
(3) *Pensées*, liv. I, § 9.

Digitized by Google

Il peut se faire même qu'un acte soit moral en soi et que la loi ne l'en atteigne pas moins comme coupable. L'hospitalité, par exemple, offerte à un malheureux, peut de vertu devenir crime, si ce malheureux est dangereux pour la société et si la loi défend de lui prêter asile.

D'un autre côté, il y a des actes immoraux en eux-mêmes que la loi ne peut ni prévenir ni réprimer; telles sont les actions secrètes contraires à la pudeur. Il ne suffit pas que l'acte soit immoral pour que le pouvoir social doive le frapper; il est nécessaire qu'il expose la société à des périls.

Il y a même des actes immoraux en eux-mêmes que la loi tolère ou encourage, selon les circonstances, dans l'intérêt de la morale sociale. Telles étaient naguère les loteries. Telles sont encore aujourd'hui les maisons de prostitution et les maisons de jeu.

Il y a même des actes immoraux de leur nature que la loi impose comme un devoir civique; telle est la violation d'un secret confié, lorsque ce secret cache un complot qu'il importe à la sûreté de l'État de découvrir.

Dans tous les cas, la sanction que la loi attache à ses prescriptions comme à ses prohibitions dérive exclusivement du point de vue de l'utilité sociale. C'est l'unique principe du Code de l'Empire. C'est la base de granit sur laquelle son échelle pénale repose.

L'échelle est mobile; on peut la modifier, selon les exigences des temps, et changer, au besoin, l'ordre ou la nature de ses échelons. — La base est immuable; on ne peut la déplacer ou y faire brèche sans que tout croule.

En 1832, une loi du 28 avril détacha de cette base quelques pierres dures qu'elle remplaça par des pierres tendres, et défigura ainsi l'un des chefs-d'œuvre du génie de Napoléon. A chaque ruine que l'on prétend recrépir, a dit à cette occasion un publiciste moderne [1], on fait un monstre de l'édifice; on accouple côte à côte deux ordres différens d'architecture morale. La loi devient inconséquente, et par suite, de nul effet. Telle que le grand despote l'avait conçue, elle avait pour principe la répression du délit et non l'amélioration du coupable. Telle que nous l'avons amendée, elle tend à l'indulgence, comme si le Code pénal était un système pénitentiaire.

Ce Code est donc aujourd'hui une œuvre complexe où se combine une double action législative, où se révèle un double principe; monument à demi détruit que l'architecte a relevé sur un autre plan. Comment suivre maintenant et retrouver les traces des deux ordres d'architecture? comment constater à quel système appartiennent ces dispositions amalgamées de deux législations intervenues à vingt-deux ans de distance (2)?

Toutefois, en lisant attentivement l'exposé des motifs de la nouvelle loi, et le rapport de la commission de la Chambre des Députés, il est

(1) Léon Faucher. *Description du fort du Hâ.*

(2) Théorie du Code pénal, *ubi sup.*

Digitized by Google

facile de se convaincre que, dirigé par une pensée d'humanité, le législateur de 1832 n'a semblé frappé que de l'exagération de l'échelle pénale, et qu'il a borné sa mission à rétablir plus de proportion entre les peines et les délits. Au lieu de remonter au principe, il s'est contenté d'en corriger les applications; au lieu de dominer le système de la loi qu'il voulait réviser, il l'a suivi dans ses diverses conséquences; négligeant à peu près le système des incriminations, il lui a suffi de modérer les peines. La révision que le Code de 1810 a subie n'a donc eu ni pour but, ni pour effet de lui imprimer un nouveau principe de le placer sous la règle d'un autre système pénal. C'est donc encore dans le principe utilitaire qu'il faut chercher la source des incriminations du Code modifié (1).

Il suit delà que, depuis 1832, comme depuis 1810, 1° l'existence de l'homme en société étant un devoir, et la mission de la justice pénale étant limitée à la défense de cette société, tout trouble apporté à l'ordre public est un délit moral. 2° Qu'il n'y a de punissables comme crimes, délits ou contraventions que les actes *déclarés* tels par la loi. 3° Que ces actes sont passibles des peines que la loi prononce, *par cela seul* que la loi les déclare crimes, délits ou contraventions, quelle que soit d'ailleurs, la *moralité* de ces actes, et quelle que soit surtout la *perversité* de l'agent, sauf aujourd'hui la question des circonstances atténuantes laissée à l'appréciation du juge ou du jury. 4° Que l'*objet* de toute peine est de *punir*, c'est-à-dire de *corriger* par le *châtiment*. 5° Que le *but* de toute peine est de conserver et de protéger l'ordre social. 6° Que *l'effet légal* de toute peine est de prévenir le retour des actes coupables. 7° Qu'enfin la *mesure* de toute peine doit être dans un rapport parfait avec la mesure du délit; non qu'il faille, dans son application, *s'attacher à l'esprit mathématique de la proportion*, comme dit Bentham, ou, comme dit Beccaria, appliquer *la géométrie aux diverses combinaisons de nos actions;* mais la peine en soi étant le mal mérité par l'auteur d'un délit, la mesure de la peine, dit Rossi (2), se trouve et ne peut se trouver que dans la *nature* et la *gravité* de l'acte imputable.

Faisons l'application de ces principes généraux à la pénalité de l'emprisonnement.

II. Et d'abord, existe-t-il aujourd'hui en France un système légal d'emprisonnement?

Je pose cette question, parce que la plupart de nos réformateurs de prisons se la sont faite à eux-mêmes, et que tous l'ont résolue négativement.

C'est *sur des terres en friche* que nous avons à travailler, se sont-ils dit (3); et ils se sont mis à la besogne; et ils ont labouré, avec des *versoirs* venus de l'étranger, un terrain que nulle charrue française n'avait sillonné avant eux.

(1) Théorie du Code pénal, *ubi sup.*

(2) Traité de droit pénal, liv. III, ch. 4.

(3) *Voy.* LAGARMITTE, introduction aux *Leçons* de Julius.

Digitized by Google

Je le crois bien. Ils ont tous opéré dans le vide.

Il s'agit aujourd'hui d'opérer dans le plein ; il s'agit d'exploiter le domaine des faits.

Je réponds donc à la question : oui, il existe en France un système légal d'emprisonnement complet, et tout ce que j'ai lu sur l'administration, la classification et le régime intérieur des prisons étrangères tend à me convaincre que notre législation pénale n'a rien à envier à quelque nation que ce soit sur ce point.

Mais remarquez bien que je ne parle ici de notre système actuel d'emprisonnement, que sous le rapport des dispositions de la loi qui l'organise en *droit*.

Quant à sa réalisation *en fait*, elle est tout au rebours de l'esprit et du texte du Code. C'est là qu'est le mal : là surtout que j'appelle l'active intervention de la réforme.

Qu'a voulu le Code pénal? et qu'ont fait les exécuteurs de sa volonté?

Le Code pénal a voulu que la prison pour peines punît ; — et la prison pour peines ne punit pas ;... et elle n'opère d'autre changement, dans la position du condamné, que de lui imposer, pour un temps, une captivité de gain et de travail ; une captivité bien nourrie, bien chauffée, bien couchée, bien payée, en échange d'une liberté de souffrance, de faim, de froid, d'oisiveté, de misère...

Le Code pénal a voulu que l'intensité de la peine fût proportionnée progressivement à la gravité du délit, c'est-à-dire que le condamné aux travaux forcés fût plus puni que le réclusionnaire ; le réclusionnaire que le correctionnel à plus d'un an ; le correctionnel à plus d'un an que le correctionnel à un an et au dessous d'emprisonnement ; le correctionnel à moins d'un an d'emprisonnement, que le simple contrevenant de police municipale ; — et la peine suit une progression inverse, c'est-à-dire que le bagne est préférable aux maisons de force, les maisons de force aux maisons centrales, les maisons centrales aux prisons de département, les prisons de département aux prisons arrondissementales, les prisons d'arrondissement aux prisons de canton.

Le Code pénal a voulu que la peine de l'emprisonnement fût égale partout, et pour tous les détenus coupables du même crime ou délit ; — et cette peine varie dans chaque localité, suivant qu'il convient aux préfets, aux sous-préfets, aux maires, aux conseils municipaux ou de département ; de telle sorte qu'un mois passé dans telle prison équivaut à un an passé dans telle autre.

Le Code pénal a voulu, avant tout, que l'arrestation préventive ne pût jamais être une peine, et qu'à cet effet des maisons spéciales de dépôt, d'arrêt et de justice, tout-à-fait distinctes et séparées des maisons pour peines fussent ouvertes aux inculpés, prévenus et accusés ; — et partout, en province, les accusés, les prévenus, les simples inculpés sont jetés confondus dans les prisons communes avec les condamnés.

Digitized by Google

Le Code pénal a voulu que la prison *corrigeât*, c'est-à-dire qu'elle infligeât au condamné un *châtiment* tel qu'elle lui inspirât la crainte de s'y exposer de nouveau ; — et, au lieu de corriger, la prison dèprave et corrompt.

Le Code pénal a voulu, dans l'intérêt de l'humanité, que toute prison fût *saine ;* — et le plus grand nombre des prisons départementales sont des cloaques d'insalubrité.

Le Code pénal a voulu, dans l'intérêt de la société, que toute prison fût sûre ; — et la garde en est confiée à une surveillance qui ne l'est pas.

Le Code pénal a voulu qu'il y ait autant de classes de prisons, qu'il y a de classes de délits à punir ; — et les prisons centrales renferment, dans la même enceinte, sous le même toit, dans le même dortoir, le condamné correctionnel, et le condamné de cour d'assises.

Le Code pénal a voulu que les sexes et les âges fussent séparés dans les prisons affectées au genre de délits dont ils se sont rendus coupables ; — et les sexes, les âges surtout, sont confondus dans un grand nombre de prisons de province.

Dans cet état de violation flagrante des principes les plus moraux, les plus conservateurs du Code, qui faut-il donc condamner du Code ou de sa violation ?

Le Code ! le Code *tout entier* (1) ! s'écrient tous à la fois nos Érostrates modernes.

Le Code ! mais c'est absurde ! quand on abuse d'une chose, ce n'est pas la chose qu'on réforme, c'est l'abus. Quand un bon principe est vicié, ce n'est pas le principe qu'on détruit, c'est le vice.

Il est vrai qu'on s'attache au principe lui-même, et que c'est le système entier du Code qu'on répudie, comme blessant, *presqu'à chaque page, l'honneur national et la dignité de la nature humaine* (2).

Si les étrangers ne connaissent nos mœurs, nos usages et nos lois que par la description que certains auteurs français se plaisent à en faire, il est certain qu'ils nous prendraient pour des antropophages, ou, tout au moins, pour des Franks barbares, sortis naguère des forêts de la Germanie, ou même pour de féroces Gaulois sacrifiant aux dieux des victimes humaines, en vertu d'un Code de sang. Heureusement que les étrangers rendent à notre civilisation plus de justice, et qu'ils admirent, malgré leurs imperfections, celles de nos institutions qu'on jette plus particulièrement à leurs mépris.

Notre Code pénal surtout est, pour les pays voisins, une source féconde où tous viennent puiser les réformes qu'ils ont à introduire dans leur législation criminelle.

« La législation pénale de la France, dit le savant Mittermaïer, se dis-

(1) *Voy.* Ch. Lucas, *du système pénitentiaire*, t. III, p. 35. — Lagarmitte, *Introduction* aux Leçons de Julius, p. IX, XXII.

(2) Lagarmitte, *ubi sup.*

Digitized by Google

tingue par la simplicité de son système. Elle a le mérite d'avoir conservé le caractère spécial d'un Code. Le Code pénal français a cet avantage qu'il n'élargit pas le cercle des actes punissables, comme le font les lois allemandes, et qu'il ne prend pas, comme ces lois, des précautions qui ne servent qu'à induire le juge en erreur, et qu'à embarrasser sa perspicacité. — Avouons-le; la France, en créant sa législation pénale, a dans son œuvre, ce discernement, cet esprit d'application qui lui est propre. »

Ce que dit ici de nos lois pénales, l'illustre professeur d'Heidelberg, tous les criminalistes étrangers le proclament comme lui.

Ce n'est pas à dire, pour cela, que le Code de 1810 me paraisse le dernier mot de l'humanité, et le terme atteint du progrès social. J'ai eu trop d'occasions déjà (1), de signaler les imperfections de ce Code, pour croire qu'il soit parfait. Mais c'est moins par ce qu'il prescrit, que par ce qu'il omet, qu'il pèche surtout, à mes yeux; et si j'avais à développer ma pensée sur ce point, je signalerais de nouveau plus d'une lacune à combler.

Que si j'avais à donner mon avis sur la question de réformation complète du Code, je dirais ce qu'un homme d'État célèbre a dit naguère d'un autre Code, non moins attaqué, du Code universitaire de l'Empire: « Trente années de vie, d'une vie très-active et continue, sont, parmi nous, en fait d'institutions, un rare et précieux mérite; c'est aussi le gage de beaucoup d'autres mérites. Pour qu'une institution ait vécu rente ans, à travers nos secousses politiques, il faut qu'elle soit non seulement forte, mais bonne en principe, conforme aux besoins permanens et à la tendance naturelle du pays (2) » .....

J'ajouterais : un Code qni a duré trente ans et qui est scellé du Grand Sceau de Napoléon, a quelque chose du bronze de la Colonne; tous les efforts des Chambres seraient impuissans à le renverser.

Et puis pense-t-on sérieusement que, dans l'état de complication des rouages du mécanisme législatif actuel, les Chambres pussent refaire le Code pénal? Pense-t-on même qu'elles pussent faire un Code quelconque?

Ce que les Chambres peuvent faire, c'est d'ajouter à nos Codes quelques dispositions qui manquent; c'est d'interpréter leur silence sur certains points obscurs que la loi doit éclaircir; c'est de rajuster leurs parties disjointes; c'est de renouveler leurs parties usées.

Il est, dans le Code pénal, des dispositions fondamentales et des dispositions transitoires. Les dispositions fondamentales sont celles qui constituent le principe même de la pénalité, c'est-à-dire le principe *utilitaire* qui en forme la base; celles-là, il n'y faut pas toucher, sous peine de voir crouler tout notre ordre social, trop fortement ébranlé déjà. Les

(1) Voy. *de l'État actuel des Prisons* en France, p. 158, 164, etc.
(2) Guizot, disc. à la Ch. des Dép., séance du 1er fév. 1836.

Digitized by Google

dispositions transitoires sont celles qui s'appliquent à ce que j'appellerai la nomenclature des actes punissables, et le tarif proportionnel des peines. Celles-ci, on peut, on doit même les réviser à certaines époques déterminées par les circonstances. C'est une des conséquences forcées du système *utilitaire*. Tel acte, en effet, passible de telle peine à telle époque, peut être passible de telle autre peine à telle autre époque, ou même entièrement déchargé de toute peine, selon qu'il aura reçu de l'actualité des nécessités sociales, son caractère de nocuité ou d'innocence.

C'est ainsi que, sans nuire au système utilitaire du Code d
loi du 28 avril 1832 a pu modifier l'échelle pénale, en faisant monter et descendre d'un degré tel acte, dont les nécessités sociales actuelles ont aggravé ou atténué la criminalité.

C'est ainsi qu'on peut aujourd'hui, et qu'on pourra toujours, au besoin, retrancher tel acte ci-devant coupable, de la nomenclature des crimes, délits ou contraventions, et en substituer ou en ajouter un autre ci-devant innocent qu'il importe maintenant à la société de punir.

En un mot, la nomenclature actuelle des peines me semble devoir rester, long-temps encore, telle qu'elle est établie dans le Code. Quant au tarif actuel de la pénalité, et à la nomenclature actuelle des actes punissables, je n'y trouve pas tout le degré d'équité et de pondération désirable; mais le danger de les changer n'efface-t-il pas l'inconvénient de les maintenir ?

Du reste, quand bien même il serait opportun ou possible d'établir une règle de proportion plus juste entre le taux du délit et le taux du châtiment, pourquoi ces changemens en apporteraient-ils dans la nomenclature des peines diverses formulées par les diverses espèces de prisons ?

Les peines actuelles qui se formulent par l'emprisonnement, sont :

L'emprisonnement;
La réclusion;
La détention;
Les travaux forcés.

Quelles que fussent les modifications que l'application de ces peines pût recevoir aujourd'hui, il est certain que ces peines seraient nécessairement maintenues.

Qu'importe donc que tel acte passible aujourd'hui de la peine de mort, le soit demain des travaux forcés ! que l'acte passible de la peine des travaux forcés, le devienne de la réclusion ! et que celui passible de la réclusion, le devienne de l'emprisonnement, et *vice versâ* ? Du moment où la peine doit rester la même, la prison qui en est la formule doit également rester la même; le changement ne doit porter que sur la criminalité de l'acte ou la moralité de l'agent, ou bien sur le mode de répartition ou d'attribution de la peine, et non sur la nature même de la peine.

Digitized by Google

Quels que soient donc les actes incriminés, il faudra toujours pour les punir, selon la progression pénale du Code,

des maisons de correction;
des maisons de réclusion;
des maisons de détention;
des maisons de travaux forcés.

Et avant que l'arrêt de condamnation soit prononcé, il faudra toujours pour détenir préventivement les présumés coupables, et suivant le degré de l'instruction,

des maisons de dépôt;
des maisons d'arrêt;
des maisons de justice.

Ne nous préoccupons donc point de la réforme du Code pénal dans nos projets de réforme de prisons; celle-ci peut, dès ce moment, s'opérer sans l'autre. Vouloir les faire toutes deux marcher de front, c'est vouloir n'en opérer aucune. Vouloir commencer par celle du Code, c'est ajourner indéfiniment celle des prisons. Dans mon système, et d'après la théorie que je viens de développer, la seconde se trouve indépendante de la première. C'est par cela seulement qu'elle est, dès ce moment, possible.

Ce qu'il y a d'extraordinaire dans les théories nouvelles qu'on cherche à faire prévaloir sur le mode d'application de la pénalité de l'emprisonnement, c'est qu'elles partent d'un point de vue tout autre que celui du Code pénal; c'est qu'elles ne tiennent nul compte des classifications du Code pénal, comme si ce Code n'existait pas; c'est qu'elles disent: le Code a établi une échelle d'emprisonnement qui est absurde; cette échelle a cinq degrés; c'est inutile: trois suffisent: un seul même, à la rigueur, pourrait les embrasser tous; .... et là-dessus ils tracent leurs plans, et nous les donnent sérieusement à suivre.

Mais, le Code....

Qu'est-ce que c'est que le Code? est-ce que le Code peut nous être un obstacle?

Et oui! certainement.—La prison n'est que la conséquence du principe du Code. Cette conséquence, vous ne pouvez l'isoler de son principe. Vous ne pouvez faire qu'elle dérive d'un principe autre qui n'est pas dans loi, qui est contraire à la loi, et que vous ne proposez d'adopter que parce qu'il est contraire à la loi.

Ainsi donc, tant que le Code restera debout, — et il restera debout long-temps, — il faudra, de toute nécessité, adopter son principe pour base des réformes à introduire dans le régime de nos prisons. Il faudra, de toute nécessité, conserver son mécanisme pénal, et se borner à modifier les moyens de s'en servir. Qu'une main habile rende à ses ressorts relâchés le mouvement énergique, continu, progressif, qu'ils

Digitized by Google

ont perdu, et sans que rien soit changé à son engrenage, l'axe de sa roue sera la Réforme.....

III. La première conclusion qui ressorte naturellement du développement des principes qui précèdent, c'est que la réforme des prisons n'est pas qu'une œuvre de philanthropie; c'est que la pénalité de l'emprisonnement n'est pas qu'une œuvre de moralisation.

Une prison, dans le sens générique de ce mot, est la formule physique des peines répressives appelées *emprisonnement*, *réclusion*, *détention*; — comme l'acquittement en deniers comptés des causes d'une condamnation fiscale est la formule physique de la peine pécuniaire appelée *amende*; — comme le transport d'un condamné hors du territoire du royaume, après affiche dans les lieux publics de l'arrêt de condamnation, est la formule physique de la peine infamante appelée *bannissement*; — comme la privation du droit de port d'armes, du droit de faire partie de la garde nationale, de tenir école, de voter aux élections, etc. est la formule physique de cette autre peine infamante, appelée *dégradation civique*; — comme l'attribution réelle des biens d'un condamné au domaine de l'État était naguère la formule physique de la peine appelée *confiscation*; — comme le poteau auquel est attaché pendant une heure, sous le coup des regards du peuple, avec un écriteau au dessus de sa tête, tout condamné aux travaux forcés ou à la réclusion, est la formule physique de l'accessoire pénal, appelé *exposition*; — comme, enfin, l'*exécution* est la formule physique de la peine afflictive et infamante, appelée *la mort*.

Toutes ces peines ont pour but direct la *répression* des crimes: — toutes ces formules, pour objet direct, la *punition* des coupables.

Réprimer et *punir*; — telles sont donc les deux fins spéciales des maisons de correction, des maisons de réclusion, des forteresses et des bagnes; aussi bien que de l'amende, de la dégradation civique, du bannissement, de l'exposition et de la peine de mort.

Moraliser et *prévenir*; — telles sont les deux fins spéciales des maisons d'école, des maisons d'éducation, des colléges; aussi bien que des salles d'asile, des catéchismes, des prêches, des instructions religieuses, etc., etc.

Ne confondons pas cette double institution, et laissons à chacune sa spécialité, *suum cuique*; autrement, ce serait s'exposer à en brouiller tous les fils; ce serait mettre l'école dans la prison et la prison dans l'école; ce serait chercher à raviver l'élément de moralisation après qu'il est éteint, là où il ne peut que s'éteindre, et le laisser mourir, lorsqu'il est plein de vie, là seulement où il peut vivre.

Et c'est précisément ce qu'on fait en France depuis 25 ans. La France, dans ce long période de temps, a dépensé plus de 45 millions pour l'amélioration de ses prisons (1), et 40 millions au moins lui sont demandés

(1) Voy. *de l'Etat actuel des Prisons en France*, p. 174 et 251.

Digitized by Google

encore pour leur moralisation, dans l'espace de 10 années (1); demandez-lui ce qu'elle a dépensé pour ses écoles, jusqu'au 28 juin 1834 !

Paris, à lui seul, a dépensé plus de 11 millions en constructions de chapelles et de cellules de nuit pour la moralisation de ses détenus (2), indépendamment du million annuel que lui coûte leur entretien (3); demandez lui ce qu'il a dépensé pour la moralisation de ses écoliers.

Avant la révolution de juillet, Paris ne possédait en propre, aucune salle d'asile pour ses enfans pauvres du premier âge. Il a fallu, pour le doter de cette précieuse institution, qu'un de ses citoyens les plus recommandables (4), lui forçât, pour ainsi dire, la main, en faisant lui-même, pour son établissement, les frais de construction et de mobilier, dont l'administration municipale avait refusé de faire les avances (5).

Et Paris s'étonne, après cela, que le vice et le sang ruissellent dans ses rues !

Toutefois, ce serait mal saisir ma pensée que d'induire de ce qui précède que, dans mon opinion, la moralité des détenus est chose à mettre entièrement de côté, dans un bon système de prisons. Mon avis est seulement que la fin essentielle de la peine est le *châtiment*, et non la *moralisation* du condamné. Le châtiment infligé est l'objet principal de la peine prononcée, la moralisation du coupable n'est que l'effet éloigné, possible, éventuel du châtiment. Le système utilitaire qui domine dans le Code doit aussi dominer dans la prison. Le Code, dans ses pénalités et dans ses incriminations, ne se préoccupe qu'accessoirement de la moralité des agens et de la moralité de leurs actes; de même l'administration, qui n'est que l'*exécuteur* de l'œuvre du Code, ne doit se préoccuper qu'accessoirement, dans le mode d'infliction de la peine, de la moralisation probable ou non du condamné qu'on lui livre à punir. C'est, ainsi que je l'ai dit, pour le punir et non pour le moraliser, que la loi condamne le coupable à l'amende, à la dégradation civique, au bannissement,

(1) Voy. *Des Moyens de généraliser le système pénitentiaire*, p. 116.

(2) *De l'État actuel des Prisons*, p. 224.

(3) *Ib.*, p. 198.

(4) M. Cochin, ancien maire du 12e arrondissement, membre du conseil général du département de la Seine.

(5) Ce refus eut lieu en 1827. Il était fondé sur ce que la dépense devait s'élever à 250,000 francs au moins (elle ne s'est pas élevée si haut), et sur ce qu'il faudrait plus de cinq millions pour fonder vingt maisons semblables dans les divers quartiers de la ville! (*Voy.* le Manuel des salles d'asile de M. Cochin, p. 85.) — L'abandon, moyennant prix coûtant, fait par M. Cochin à la ville de Paris, de la salle d'asile modèle de la rue Saint-Hippolyte, est du 13 novembre 1830. Une ordonnance royale du 22 mars 1831, impose *viagèrement* à cette fondation le nom et l'administration de son fondateur. Mais le nom a fait, avec la reconnaissance publique, un bail à plus long terme.

Il y a aujourd'hui 24 *asiles* dans Paris... Malheureusement ils ne porteront leurs fruits que dans quinze ou vingt ans.

Digitized by Google

à la peine de mort. C'est de même pour le punir et non pour le moraliser qu'elle le condamne à la prison. Le seul but moral qu'elle se propose, *dans l'intérêt public*, est de préserver la société du retour du crime qu'elle punit, en imprimant dans l'âme du coupable la crainte du retour de la peine qu'il endure ; et en jetant la même terreur dans l'âme du ceux qui seraient tentés de l'imiter. Il peut se faire que l'infliction de cette peine produise une impression morale plus large, plus radicale, plus intense dans l'esprit du condamné ; mais alors ce sera comme conséquence et non comme principe du châtiment infligé. En un mot, la moralisation du coupable *peut* être un *effet* du châtiment subi, mais elle ne *doit* pas en être la *cause*.

Cette distinction est importante à établir. La Restauration a cru pouvoir se dispenser de la faire, et, pour ne l'avoir point faite, ou plutôt pour l'avoir faite en sens contraire, elle a bouleversé le principe pénal de l'institution des prisons.

Quand je dis la Restauration, je veux parler de la *Société royale* qui est venue faire, de la moralisation des détenus, la condition première de l'infliction de la peine d'emprisonnement.

Qu'en est-il résulté ?

Des philanthropes se sont dit : les prisonniers sont plus malheureux que coupables ; ils sont plus à plaindre qu'à blâmer ; la peine qu'on leur inflige doit moins avoir pour but de les punir que de les moraliser. Et les portes de nos prisons s'ouvrirent devant leur charité chrétienne ; et ils prodiguèrent aux prisonniers leurs soins, leurs bienfaits, leurs conseils; et tous les prisonniers leur parurent des âmes malades que des remèdes moraux pourraient facilement guérir. Et ils se mirent à les catéchiser, à les sermoner, à les convertir. Et leurs paroles furent entendues plus fructueusement qu'ils n'osaient l'espérer. Tous, en effet, se repentaient de leurs fautes et promettaient de n'y plus tomber. Tous, en entrant dans la prison, se disaient ou juifs ou protestans. Tous demandaient à être baptisés, à communier, à se confesser. C'était grande liesse pour ces bandits que d'être faits catéchumènes ! Et cela se conçoit de reste.

Les ateliers vaquaient, et de plus, chacun d'eux recevait une ration de vin, et mangeait de la viande et du pain blanc, le jour de la première communion. La sainte table ne désemplissait pas. Il en est, — c'étaient les plus fervens, — qui ont fait jusqu'à six fois leur première communion dans six prisons différentes, où ils sont entrés toujours juifs ou protestans, et où ils ont trouvé le même régime établi.

Au milieu de tous ces élémens de réforme morale et religieuse, que devenait la peine d'emprisonnement ? La peine ! on ne s'en occupait pas; on l'avait reléguée dans les archives du greffe, comme une page déchirée d'un Code barbare qu'il fallait oublier.

Ce temps-là fut l'âge d'or des détenus. Mais ce temps-là fut l'anarchie des prisons. L'échelle pénale était renversée ; tous les principes d'ordre étaient méconnus ; le lien de la discipline était brisé ; la peine ne devant

Digitized by Google

plus punir, mais moraliser, la moindre mesure répressive était réputée odieuse, les prisonniers s'en plaignaient, les philanthropes les croyaient; les gardiens avaient toujours tort.

Ce temps-là, je le sais, est déjà loin de nous. Mais la philanthropie *carcérienne* lui a survécu, et il est à craindre qu'en gardant ses tendances, elle n'ait aussi gardé la possibilité d'un retour.

Organisons donc la peine d'emprisonnement, en vue principalement de la peine, et nous aurons plus fait pour la moralisation des détenus, que tous ceux qui, dans leur système de réforme, agissent en vue de cette moralisation seulement.

MOREAU-CHRISTOPHE,
ancien inspecteur général des prisons du département de la Seine.

PROGRAMME D'UN COURS DE DROIT ROMAIN,

Par M. Benech, professeur de droit romain à la Faculté de droit de Toulouse.

Summa itaque ope et alacri studio has leges nostras accipite.
De confirmat. Instit. Justinian.

Si le savant professeur de Fribourg, M. Warnkœnig, eût retardé de quelques mois seulement la publication de son article si plein de franchise sur *l'Etude du droit romain en France depuis* 1830, il eût trouvé l'occasion de parler avec moins de rigueur de Toulouse, la patrie du grand Cujas; au lieu de porter un jugement, dont il avoue lui-même la dureté (1), sur le *in IV libros Instit. Justinian. Comment. academ.* de M. Ruffat, et de ne lui souhaiter que le repos des morts (2), il aurait eu à proclamer l'exécution large et hardie d'un travail complet sur les Institutes, publié par M. Benech, successeur de M. Ruffat à la chaire de

(1) *Revue de lég.*, t. 5, p. 341.
(2) *Requiescat in pace*, rev. eod.

Digitized by Google

droit romain à la Faculté de droit de Toulouse, sous le titre modeste de *Programme*.

Pour M. Benech, *les cinquante dernières années n'ont pas été sans retentissement, et il n'est pas resté dans ce profond sommeil qui a empêché son prédécesseur d'entendre dire tout ce qu'en France même personne n'ignore*, et nous pouvons avancer, au contraire, sans craindre la contradiction, que nulle conquête de nos derniers temps n'est passée inaperçue devant lui.

Il n'est plus de mise aujourd'hui de rappeler les dispositions du décret qui, en établissant dans chaque faculté de droit un professeur chargé d'enseigner le droit romain, limite sa marche aux rapports de cette législation avec le droit français, et si quelqu'un encore voulait soutenir cette thèse de l'empire, nous n'aurions qu'à le renvoyer aux piquantes lettres de M. Ducaurroy à M. Dupin aîné, qui réclamait pour cette disposition le bénéfice de toute loi non abrogée (1).

C'est le droit romain *in abstracto*, science particulière et complète qui doit être maintenant le sujet de l'enseignement; c'est qu'en effet il est des choses qui n'ont pas besoin d'une constatation expresse pour avoir force de loi nouvelle abrogeant une ancienne disposition, et l'on ne pourrait aujourd'hui sérieusement admettre que la science, qui marche de conquête en conquête, dût se renfermer à dire que tel ou tel article de nos Codes a sa source dans tel ou tel autre fragment d'Ulpien ou de Paul, sans plus aller au fond des choses : non, c'est comme un droit modèle que le droit romain mérite d'être enseigné dans les écoles, il est pour les jurisconsultes ce que sont pour les statuaires et les peintres, les admirables chefs-d'œuvre de l'antiquité (2).

Mais comme, d'une part, le droit romain dans l'état où

(1) *Revue*, t. 3, p. 450, et t. 4, p. 137

(2) Blondeau. Chrest. avertiss., p. 3, not. 1.

Digitized by Google

nous l'a mis la compilation de Justinien, est totalement à restituer, et qu'il est même plusieurs de ses parties que nous ne pouvons que regretter, *quia non sunt*, parce que jamais nous ne les connaîtrons d'une manière certaine et précise; et d'autre part, comme en la prenant telle qu'elle est, la science est vaste, immense, incommensurable, il faut reconnaître que pour l'enseignement c'est chose fort difficile, que de s'accommoder aux exigences de l'époque et à celles non moins sacrées des intelligences encore peu exercées qui débutent dans l'étude du droit par celle de ses parties qui demande, pour être comprise, le plus de connaissances accessoires.

Aussi nous regardons comme une œuvre méritoire la publication de tout livre ayant pour but d'aplanir les difficultés si grandes, pour la jeunesse, de l'admirable étude du droit romain. A ce titre, le livre de M. Benech mérite à tous égards une honorable mention.

Nous n'avons dessein dans cet article, que de présenter quelques observations générales sur cet ouvrage, sauf à aborder spécialement et une à une, dans un travail séparé et autrement que sous la forme du compte rendu, certaines questions de détail sur lesquelles une discussion sérieuse pourra sembler indispensable.

On rencontre d'abord dans le programme de M. Benech, unaperçu historique sur la législation romaine et ses sources.

En rendant compte du travail remarquable de M. Giraud, d'Aix, M. Warnkœnig (1) arrive à la partie relative à l'histoire du droit, et la première chose qui le frappe est la division des périodes : « L'histoire du droit, dit-il, est » divisée en périodes d'après Gibbon et Hugo....» M. Bénech adopte la même marche, et nous croyons devoir, à ce sujet, soumettre quelques réflexions sur l'exactitude de cette division devenue presqu'un dogme en cette matière.

(1) *Loc. cit.*

Digitized by Google

L'importance des divisions dans les études théoriques, et notre amour pour une science dont nous avons déjà goûté quelques charmes, nous font hasarder, sur ce point, une critique que nous énoncerons avec la plus profonde humilité.

Nous commençons par reconnaître avec M. Hugo (1), que la division de Gibbon, qu'il adopte, a l'avantage que les périodes, en suivant la chronologie ordinaire, se trouvent presque toutes de la même longueur, ou qu'elles sont toutes aussi uniformément inégales.

Mais voici notre thèse. Cette division, adoptée en Allemagne et presque généralement en France, est contrariée par l'historique même du droit *intérieur* des Romains et par une partie essentielle de l'historique des sources.

Il a été sagement dit (2), selon nous, que tout le nœud de l'histoire du droit romain se trouvait dans la lutte perpétuelle du droit civil et du droit des gens, correspondant à cette autre qui fait le fond de toute l'histoire du peuple romain lui-même, celle des patriciens et des plébéiens (1). Dès-lors, il est certain que la division la plus vraie de cette histoire, sera celle qui correspondra le plus exactement aux diverses accidens de cette lutte.

Celle de Gibbon est-elle dans ces conditions? c'est ce qu'il faut examiner :

Nous approuvons que la première période ne s'arrête qu'aux XII tables. C'est, en effet, avec raison que l'école moderne, dont nous sommes fiers d'adopter les vues larges et rationnelles dans leur ensemble, ne s'escrime pas à deviner la prétendue loi papirienne (4), et qu'elle ne scinde

(1) Hist. du dr. romain, trad. de M. Jourdan, § 26.

(2) Troplong, *passim* et de *la vente*, t. 2. p. 342, Fr. Schlégel, *philos. de l'hist.*, t. 1, p. 376.

(3) Ballanche, Paling. sociale, prolég. de *la formule générale*. Nous aimons l'ampoulé, mais quelquefois très-grave Florus (*tit.* 1, *cap.* 26), montrant les plébéiens voulant conquérir *nunc libertatem*, *nunc pudicitiam*, *tum natalium dignitatem*, *honorum decora et insignia*.

(4) Niebuhr, Hist. rom., trad. de M. de Golbéry; t. 3, p. 372.

Digitized by Google

pas en deux parties comme le faisait Heinnecius (1), un intervalle de temps sur les monumens juridiques duquel la science n'aura jamais que les plus faibles lueurs (2).

C'est donc réellement aux XII tables que commence l'histoire du droit romain, et la période qui les a pour point de départ s'arrête d'après Gibbon à Ciceron, tandis qu'Heineccius la continuait jusqu'à Auguste.

Ici nous donnons la préférence à cette dernière fixation : d'abord, elle a le double avantage de prendre pour point d'arrêt un événement qui a changé la face du monde et celle du droit, savoir, la venue de Jésus-Christ, et de se rapporter, en même temps, au commencement de l'Empire : fait grave de l'histoire romaine. Mais nous compterions pour rien ce double avantage, si cette division n'était, d'ailleurs, en parfaite concordance avec le droit *intérieur* et ses sources.

En effet, le christianisme a été, sur la terre, la victoire du droit sur la force, celle de l'équité sur le droit *strict* des nations, et bientôt nous verrons que même dès les premiers momens de son apparition et avant que son existence fût officiellement reconnue, il a singulièrement influé sur le fond de la législation romaine ; il est donc important dans l'histoire du droit, de bien distinguer deux époques que la nature des choses elles-mêmes a scindées par avance, savoir : celle en deçà et celle en delà de l'an de Rome 753, auquel on rapporte la naissance du Rédempteur (3). Quant aux sources, il est certain qu'à la fin de la république, les deux plus importantes étaient les XII

(1) L'expulsion des rois sert de point de division à Heineccius et à son école.

(2) Depuis la fondation de Rome jusqu'aux XII tables. Enfance de la ville et du droit (Hugo, § 27).

(3) Ainsi nous diviserions l'histoire du droit romain en deux immenses périodes : La 1re, de la fondation de Rome à J.-C. : la 2e, de J.-C. à Justinien. Chacune ensuite se subdiviserait en deux autres, et le

Digitized by Google

tables et l'édit du préteur (1); et il ne l'est pas moins qu'avec l'Empire, en apparût une nouvelle, ces *constitutions*, qui donnèrent une face nouvelle à plusieurs matières du droit (2).

D'après cette double considération, nous amenderions la division de Gibbon quant à la seconde période.

La troisième nous paraît aussi devoir être empruntée plutôt à Heineccius qu'à l'école moderne. D'après celle-ci, elle va jusqu'à Alexandre Sévère, depuis Cicéron; et d'après celle-là, d'Auguste à Constantin.

Le motif de préférence qui nous est suggéré par M. de Savigny (3), nous paraît se trouver dans le caractère tout spécial que prennent les *constitutiones*, selon qu'elles datent d'une époque antérieure ou postérieure à Constantin. Avant ce prince, en effet, comme le remarque le savant auteur du traité *de la Possession*, ces constitutions sont de simples rescrits; c'est presque malgré eux et sans le savoir (*invitis et ferè insciis*), que les princes païens introduisent quelques innovations *humaines* (*humanum est*) (4) dans le droit; ils sont philosophes, sages, stoïciens et pas autre chose; seulement l'influence des doctrines nouvelles les déborde (5). Depuis Constantin, au contraire, dit encore M. de Savigny (6), la législation prend un nouveau

total serait ainsi de quatre périodes dont la 1re finirait aux XII tables; comme celle de Gibbon; la 2e à Auguste, comme celle d'Heineccius et les 3e et 4e comme nous le dirons bientôt.

(1) Savigny, hist. du Dr. rom. au moyen-âge, t. 1, ch. 1.

(2) Hugo, t. 2, p. 16, 23 et suiv.

(3) *Loc cit.*

(4) L. 2, cod. de *resc. vend.* (inter cæt.)

(5) Gaïus, 1, 53, inst. Just., § 2, *de his qui sui vel al.* L. L. 8, 30, 57, 90, 106, 122 ff. *de reg. jur.*, Alexandre Sévère avait pour maxime la règle de l'Évangile (Math. v. 12); *quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris.* Vid. Chateaub., étud. hist.

(6) *Loc. cit.* Hugo, 2, p. 209, 254.

Digitized by Google

caractère : les *édits* ou ordonnances des empereurs se multiplièrent et souvent elles innovaient ; car l'empire du christianisme devait anéantir bien d'anciennes idées (1). C'est dans ce sens que M. Ballanche (2), a merveilleusement défini l'œuvre de Constantin, en disant qu'elle consista à faire passer la religion chrétienne de l'etat de religion privée, à celui de religion publique ; alors son intervention fut *patente* dans la législation : ce fait mérite donc bien qu'on s'y arrête.

Quant à la quatrième période, d'après ce qui précède, elle est naturellement tracée : elle se termine à Justinien et commence, selon le système adopté, à Alexandre Sévère ou à Constantin.

Voilà quelques unes des réflexions que nous avons cru devoir faire sur la division de Gibbon, dont le défaut capital est, selon nous, de ne pas répondre directement, comme le reconnaît du reste M. Hugo (3), aux vicissitudes de l'histoire romaine en général ; car nous ne comprenons pas que l'histoire du droit, puisse être science complète, si on la sépare, même pour une simple division de périodes, de l'histoire du peuple lui-même.

Pour en revenir donc à l'ouvrage de M. Bénech, à l'occasion duquel nous avons fait cette digression, nous aurions été heureux de lui voir abandonner la division que nous venons de discuter, ou tout au moins ne l'admettre qu'avec les modifications que nous avons indiquées. Toutefois, disons-le, il y aurait de l'injustice à ne pas mentionner le soin tout particulier qu'il a mis à apprécier cette

(1) Cod. lib., v. t. 4, *de nupt.*, lib. VI, tit. 28, *de lib. præt.*, lib. VII, tit. 6, *de lat. lib.*, lib. VIII, tit. 47, *de pat. pot.*, lib. VIII, tit. 48, *de adopt.*, lib. IX, tit. XIV, *de emend. serv.*, lib. IX, tit. 17, *de his qui parent.*, lib. XIII. tit. 1, *de his qui in eccl.*, nov. 118, 127, etc., etc.

(2) Vision d'Hébal.

(3) § 26.

Digitized by Google

lutte si admirable du droit civil et du droit des gens, qui a servi de base à nos observations : un pas de plus, et M. Bénech, rendant hommage au principe générateur du progrès juridique, se serait affranchi totalement d'une barrière dont la vogue seule empêche de sentir l'embarras.

Abandonnant la partie purement historique de l'ouvrage de M. Bénech, occupons-nous de l'objet principal du *programme*, l'explication des Institutes.

La méthode de M. Bénech n'est pas celle du commentaire, il intervertit souvent l'ordre du texte des Institutes (*titres et paragraphes*), ce qui, de notre part, donne lieu à deux remarques :

1°. Il faut avoir eu du courage pour entreprendre de reconstituer les institutes, suivant l'ordre naturel des idées, et, hâtons-nous de le dire, c'est avec habileté que ce professeur a exécuté la tâche qu'il s'était imposée. Aussi dans l'intérêt de la science et de l'honneur de M. Bénech, l'en félicitons-nous sincèrement. Mais est-ce à dire que le grand nombre de divisions, de subdivisions et de déplacemens de textes nécessité par les exigences de son plan, soit profitable aux étudians pour lesquels ce *programme* a été composé? Nous ne craindrions pas d'en douter, et M. Bénech lui-même a senti qu'il fallait bien, tout en systématisant une matière, et en la présentant aux élèves suivant un enchaînement rationnel de principes, s'arrêter cependant à une certaine limite dans une voie aussi glissante; c'est pour cela que nous le voyons quelquefois ne pas pousser ses divisions jusqu'à leurs derniers termes, *pour*, dit-il (1), *ne pas trop effacer la série des titres des Institutes de Justinien.*

Nous aurions voulu que M. Bénech eût réellement été plus sobre de divisions; il est, en effet, indispensable que

(1) Programme, 3e liv. de la 2e part., p. 12.

Digitized by Google

celui qui commence, et entre les mains duquel est placé le texte de Tribonien, ne soit pas réellement *dépassé* dans les explications qui lui en sont données, qu'obligé trop souvent de chercher à s'orienter, il ne voit pas s'écouler presque sans profit réel ce temps destiné à poser les bases de son éducation juridique.

2° M. Bénech émet avec persistance, dans diverses parties de son ouvrage (1), le vœu de voir les Institutes de Gaïus substituées pour l'enseignement du droit romain à celles de Justinien, et il se trouve heureux que cette opinion ait reçu l'approbation de M. le doyen de la faculté de Paris, dans le discours qu'il prononça en sa qualité de président du dernier concours.

Nous avons relu attentivement ce discours publié en entier par le *Journal général des Tribunaux* (5), et nous n'avons pas su y rencontrer une pareille opinion. M. Blondeau y reconnaît, il est vrai, l'imperfection des compilations de Justinien; mais il se hâte de dire toutes les instructions profondes que les jurisconsultes modernes peuvent encore y puiser. De même, dans la préface de sa *Chrestomatie*, ouvrage dans lequel il a aussi interverti l'ordre des divisions tracées par les textes, le savant doyen déclare que son livre « *ne dispensera pas les élèves d'avoir* SANS CESSE *sous les* » *yeux les Institutes de* JUSTINIEN.... » ; il est vrai qu'il ajoute : « *Et les monumens de l'ancien droit que nous* » *avons joints à ces Institutes dans l'édition que nous en* » *avons donnée sous le titre* d'Ecloga... », mais l'objet principal, pour lui, est l'ouvrage de Justinien, les autres y sont joints seulement pour sa plus grande intelligence. (*Juris civilis Ecloga in qua præter Instit.* JUSTINIAN.., *Gaii inst. comm. IV continentur*).

Et y aurait-il réellement avantage pour l'enseignement à opérer la substitution réclamée par M. Bénech? à l'inverse,

(1) 1re Livrais., 2e édit., 3e liv. de la 2e part., p. 8.
(2) Du 31 janvier 1837.

Digitized by Google

de ce que nous avons fait en commençant, nous devons justifier ici un décret impérial, l'art. 10 du décret du 21 septembre 1804, qui porte textuellement: *Un professeur enseignera tous les ans les Institutes de* JUSTINIEN, article que l'*Ecloga* à elle-même pris pour épigraphe de sa leçon du travail de Tribonien.

Or, il est malheureusement trop vrai que bien des parties du manuscrit de Gaïus, ont fait défaut à la sainte invocation de Niébuhr; l'intégrité du texte est donc loin d'être parfaite, et aussi, les savans éditeurs de l'*Ecloga* avertissent-ils avec soin (1) des lacunes, des restitutions et des *leçons* incertaines que le Palimpseste renferme et des moyens qu'ils ont employés pour les faire reconnaître. Or, je le demande, l'enseignement pourrait-il présenter un systéme complet de doctrine, si l'on prenait pour base un texte à mille lacunes, à mille restitutions faites, sans doute avec science, mais non pas avec certitude?

Justinien au contraire est complet et renferme les élémens de toute la science (*ut sint totius legitimæ scientiæ prima elementa*); ses Institutes doivent donc jouer le rôle principal dans l'enseignement; mais comme, pour être sainement entendues, il est indispensable qu'elles soient rapprochées par l'élève, de ce passé auquel elles l'invitent souvent à se reporter (2), il les collationnera avec Gaïus et découvrira ainsi la génération des principes: le professeur trouvera bien dans ce travail l'occasion d'exposer les théories si savantes de conception, et si nettes d'exposition révélées pour la première fois par Gaïns, mais ce ne sera qu'un accident, jamais la règle. C'est ainsi, pour emprunter l'exemple de M. Bénech lui-même (3) que des *legis ac-*

(1) *In præfatione.*

(2) Instit. ad procem.; ad tit. *de libert.* § 3, *de adopt.* § 4, *de usucap.* ad pr., *de test. ordin.*, § 1 et 2, *de legatis*, § 2, *de codicillis* ad pr. *de hæred. quæ ab int.*, *de bonorum possess.*, *de inut. stip.*, § 15, *de actionibus*, § 3, 4, 33, etc.

(3) 3e liv. de la 2e part., § 8.

Digitized by Google

tiones il ira à la *procédure formulaire* et de celle-ci aux *judicia extraordinaria.*

Ce qui précède suffit pour amener à conclure que l'innovation proposée n'est pas admissible, et qu'il faut s'en tenir au décret de 1804.

Nous arrivons à la dernière des observations générales que nous avions à émettre sur le programme de M. Bénech. Nous espérons qu'on nous pardonnera la longueur de ce compte rendu; car il n'est pas donné à tous les auteurs de mériter un examen sérieux, et nous avons dû ne pas reculer devant celui dont est digne l'ouvrage duprofesseur de Toulouse.

Ce travail, nous l'avons dit, est une œuvre pleine d'habileté. M. Bénech a dompté sa difficile matière : il a nettement exposé ses théories et les a éclairées en détail des plus satisfaisantes données historiques. Mais ces aperçus qui constituent l'un des mérites réels de ce livre, l'ont, selon nous, poussé trop loin, et l'ont entraîné dans une erreur qui lui est d'ailleurs commune avec bien d'autres auteurs, et que, pour ce motif, nous n'hésitons pas à signaler.

Au milieu du mouvement général qui s'opère vers les études historiques, se manifestent de temps en temps des élans d'enthousiasme suscités par une théorie nouvelle, par une conjecture hardie, qui, pour n'être pas toujours l'expression de la vérité, n'en mérite pas moins l'apothéose à son auteur, et c'est là un malheur pour la science. Ainsi, Vico, mis en lumière, en France, depuis quelques années seulement, est devenu pour beaucoup la divinité à laquelle il faut inévitablement sacrifier pour avoir l'air de savoir quelque chose en fait d'histoire : il a paru à plusieurs qu'il y avait grand mérite à se montrer agile dans la gymnastique qui est nécessaire pour comprendre bien des théories du savant napolitain, que nous avouons, pour notre part, n'avoir pas toujours bien saisies. Serait-ce que, ne connaissant

Digitized by Google

Vico que par les traductions françaises, nous devrions imputer à leurs auteurs l'obscurité et le nébuleux des pensées? Nous n'osons le croire; car, qui, en France, a le talent d'écrire plus clairement et d'une façon plus brillante que M. Michelet? C'est donc à Vico lui-même qu'il faut s'en prendre, ou plutôt c'est à nous seul dont l'intelligence n'a su voir dans ce philosophe que quelques théories d'une grande portée, il est vrai, mais en petit nombre et confondues dans un océan de surabondantes rêveries, à nous, qui ne nous sommes jamais senti la force de dire de lui comme M. Troplong, *quem ego vehementer sequor* (1).

Il y a donc, *selon nous*, exagération dans les louanges prodiguées tous les jours à Vico, et sagesse dans la sobriété de ceux qui, avant d'octroyer à un homme le brevet que notre temps voudrait délivrer à celui qui nous occupe, ne se laissent guider que par la voix de leur raison, et, avant de prononcer, examinent.

M. Bénech a imité les premiers; il a brûlé son encens devant le jurisconsulte napolitain et n'a pu résister à l'instinct imitateur dont la puissance est si grande sur l'homme. Nous reconnaissons toutefois qu'il est, sur ce point, beaucoup moins répréhensible que nombre d'autres écrivains; car c'est surtout, à l'égard de la législation romaine que certains aperçus de Vico méritent qu'on les glorifie; mais ce que nous ne comprenons pas, c'est cet élan d'dmiration échappé à notre auteur: « *Quand Vico a démontré le* » *problème, qui désormais aurait la hardiesse de le contester?* ». Nous connaissons, en effet, très-peu de problèmes *démontrés* par Vico; il a senti, il a deviné, il a conjecturé beaucoup; mais démontré, nous le répétons, très-peu.

Nous arrivons à cette conclusion que les aperçus historiques de M. Bénech gagneront en concision et en exactitude, s'ils se dégagent des passages trop étendus selon

(1) *Revue de lég.*, t. 1, p. 413,

Digitized by Google

nous, qui sont consacrés à la louange de Vico et de ses Théories.

Là se bornent les observations de critique générale que nous croyons devoir adresser au livre remarquable de M. Bénech ; nous lui avons surtout reproché de se laisser trop emporter par son enthousiasme pour les progrès d'une science qu'il aime, et d'en dépasser quelquefois les exigences. C'est là un beau défaut pour un auteur, et si l'on y ajoute un style vif et qui maîtrise l'attention, un bon choix de textes et de citations, enfin une entente parfaite des difficultés et un rare bonheur pour les résoudre, il sera dit que M. Bénech a mis au jour un livre digne à tous égards d'un long succès et d'un bon accueil, tant auprès des élèves que des jurisconsultes.

GUSTAVE BRESSOLLES,
docteur en droit.

Digitized by Google

ÉTUDES DE DROIT PUBLIC,

Par M. Schutzenberger, docteur en droit.

Sous le titre modeste d'*Etudes de droit public*, M. Schutzenberger a publié la première partie des prolégomènes d'un traité qui, s'il parvient à sa fin, présentera l'ensemble des institutions de droit, considérées dans leur origine et dans leur développement. On le voit, l'auteur s'est proposé de traiter une histoire philosophique du droit et une histoire de l'humanité, considérée dans cette partie de sa moralité qu'on appelle droit; la tâche est immense, puisse-t-il l'accomplir. Pour y réussir, il faut deux choses, le talent et les connaissances positives. M. Schutzenberger, dans ses Prolégomènes, a donné une preuve du premier; nous sommes persuadés que celle de ses connaissances en droit et en histoire ne lui sera pas difficile à fournir, et ce qu'il vient de faire nous est un sûr garant de ce qu'il fera.

Lorsqu'on entreprend d'élever un édifice, on doit d'abord déblayer et assurer son terrain; tel a été le but de l'auteur dans ses *Prolégomènes*, dont la première partie, celle qu'il vient de publier, traite de la nature du droit. « Dans la seconde partie, dit-il, nous exposerons nos idées » sur la nature de l'état et la réalisation historique des for- » mes du droit et de l'état. C'est dans ce cadre que nous » entendons restreindre les généralités philosophiques de » la science du droit, pour aborder ensuite, avec une en- » tière liberté d'esprit, les études de son développement » historique. »

On voit, dès l'abord, que l'auteur regarde l'état comme une condition essentielle de ce qu'il appelle la réalisation du droit dans l'humanité, non pas qu'il pense que le juste

Digitized by Google

ne soit que le produit d'une convention expresse ou tacite parmi les hommes ; il est loin de cette idée, qu'il réprouve même ; mais il est persuadé que l'idée du juste, inhérente à l'humanité et nécessaire à son développement, ne peut trouver sa réalisation complète que dans cette forme d'association qu'on appelle l'état. C'est, si l'on peut s'exprimer ainsi, réduire à une juste dimension cette autre idée d'un publiciste célèbre, que l'existence d'un juge est une condition essentielle pour l'existence du droit même. M. Schutzenberger, du reste, est, comme nous allons le voir, on ne peut plus éloigné d'admettre que le juste n'existe qu'autant qu'il y a un tiers départiteur entre des parties en contestation. Il pose en principe que le juste et l'injuste sont des idées pour ainsi dire innées, dont le développement et l'application seuls dépendent du développement pris par telle société ou tel état.

On concevra maintenant comment l'auteur a pu intituler *Etudes de droit public*, les prolégomènes dont il publie la première partie. Il s'agissait pour lui de préparer le récit des institutions juridiques de l'humanité, et ces institutions dépendent nécessairement de la forme qu'on est convenue d'appeler *état*; il était donc nécessairement conduit à tout envisager sous le rapport de cette forme ou plutôt d'y rapporter toutes ses recherches. C'est ce qui doit se manifester encore davantage dans la seconde partie de ces prolégomènes. Nous allons tâcher de donner une idée de la première partie que nous annonçons; c'est une espèce de métaphysique du droit, sorte de spéculation qui est très en vogue chez nos voisins, et qu'il ne serait pas mauvais de voir chez nous tempérer la tendance par trop pratique de nos investigations juridiques.

La recherche de la nature du droit paraît à l'auteur devoir partir de l'examen de la terminologie en usage pour désigner les différens rapports qui se présentent à l'esprit lorsqu'il s'agit du juste et de l'injuste. Après avoir fait sa part

Digitized by Google

à cette espèce de préliminaire, il aborde l'examen de l'essence du droit, tel qu'il se présente dans la vie sociale. Ici, il est naturellement amené à parler du pouvoir qui fait la loi extérieure, c'est-à-dire du pouvoir législatif, et de celui qui applique la loi aux différens cas qui peuvent surgir parmi les hommes en société, c'est-à-dire du pouvoir judiciaire. Il les considère naturellement dans leur principe plutôt que dans leur composition matérielle, et c'est ainsi qu'il les distingue selon la source dont ils tirent leur autorité, c'est-à-dire la volonté du peuple, ou l'ascendant de l'aristocratie ou le respect de la divinité, représentée par une théocratie politique. On comprendra que, se plaçant à cette hauteur, notre publiciste n'est pas trop édifié de l'esprit utilitaire de l'époque, de cet esprit industriel pratique qui trouve que l'intérêt matériel est ce qu'il y a de plus élevé parmi les hommes. Heureusement que la nature humaine aussi trouve toujours, et même dans les plus grandes crises de son développement, des ressources que le Créateur a placées tout exprès dans ses profondeurs, afin que, l'être moral de l'homme étant menacé de se perdre sous son être matériel, elle y rencontre des secours souvent inattendus, et qui rétablissent ici-bas cet équilibre sans lequel l'humanité, ou tomberait dans la bassesse de la vie animale, ou se précipiterait dans les folies du fanatisme.

De l'imperfection inhérente aux lois des hommes et aux décisions de leurs juges, l'auteur arrive à conclure que la nature du droit renferme un élément supérieur aux conditions extérieures de sa réalisation. Ici se place le chapitre *du juste* et *de l'injuste*; il s'agit, en effet, de trouver *le principe qui domine le jugement de la justice d'une action ou d'une prétention.* L'auteur, qui déclare qu'il n'est pas utopiste, résume ainsi les diverses théories du juste et de l'injuste : les unes sont négatives, elles substituent le fait au droit; les autres ne vont pas aussi loin et se bornent à dépouiller le juste et l'injuste de tout carac-

Digitized by Google

tère absolu. Les dernières, enfin, reconnaissent aux idées du juste et de l'injuste une nature invariable; mais elles diffèrent d'opinion sur la source qu'il faut leur assigner. Il aborde ensuite les divers systèmes de l'origine des idées du juste et de l'injuste.

Le premier de ces systèmes, le système social, il le développe dans l'ordre suivant :

1° L'intérêt personnel n'est pas l'unique mobile de l'homme, la société est autre chose que le résultat de l'oppression du faible par le fort; le droit n'est pas un fait; l'état de guerre n'est pas l'état de nature de l'homme, c'est-à-dire de toute sa nature; il l'est seulement de sa nature égoïste;

2° L'état social est autre chose qu'une simple agglomération d'individus unis par la force; cet état est l'état normal de l'homme dans lequel seul il jouit de toutes ses facultés;

5° L'homme, à côté des sentimens et des instincts égoïstes, a des sentimens, des instincts sympathiques aussi forts et quelquefois plus forts que son instinct égoïste;

4° Dans le développement de l'homme il y aura, il devra y avoir combinaison de l'instinct du *moi* avec l'instinct des sympathies.

L'auteur montre par l'histoire des nations, que là se trouve ce qu'on pourrait appeler le mystère de la génération sociale.

Examinant ensuite de plus près le mouvement de l'état de société, il y trouve trois sortes de luttes qui en entretiennent la vie, savoir :

1° Lutte de l'individu contre l'individu;

2° Lutte de l'individu contre la société;

3° Lutte de peuple à peuple.

C'est à amortir ces luttes, à les faire cesser, à les remplacer par un mouvement plus noble, que la civilisation doit tendre, et tout naturellement. « L'état de guerre ces-

Digitized by Google

» sera un jour, peut-être alors la société humaine sera vrai-
» ment civilisée. »

Tout en établissant que la société est la forme naturelle de existence de l'homme, nous n'avons qu'à moitié réfuté la théorie égoïste. Dans cette persuasion, l'auteur passe à l'examen de la théorie qui fait du juste une idée de convention sociale, par conséquent, une idée relative dont l'origine doit se trouver sur la terre. Il combat ce système et s'efforce de démontrer que, si l'état social n'est pas contraire à l'idée du juste, il ne se confond pas avec elle; que l'état social est naturel à l'homme, abstraction faite du juste, témoins les nombreuses organisations que l'histoire nous fait connaître et dans lesquelles la justice n'était pas ce qui prédominait.

Dans une suite d'argumens présentés avec beaucoup de vivacité, nous avons été frappé de cette observation que l'auteur confond souvent les raisons qu'il combat avec celles qu'il adopte, en ce sens, qu'entraîné par ce qu'elles ont de vrai sous un certain rapport, il semble les proposer comme la vérité qu'il recherche.

A cette manière d'écrire, le style gagne sans doute en vie, en variété, mais il nous semble que la discussion souffre; on est comme ébloui de ce choc d'idées surgissant les unes après les autres d'une discussion dont on perd de vue le but, et on se demande avec une sorte d'anxiété où l'auteur veut en venir.

Le système qui déduit l'idée du juste du sentiment, devient ensuite l'objet de l'investigation de M. Schutzenberger. Il déclare ne pouvoir l'adopter, il montre combien dans des êtres tels que les hommes du monde réel, le sentiment individuel est un juge incertain de ce qui est juste et injuste, et comment l'appel à ce sentiment fait perdre au juste et à l'injuste tout caractère de généralité. A cet effet, il entre dans un examen physiologique et psycho-

Digitized by Google

logique des sensations, examen tant soi peu imprégné de Spinosisme et de panthéisme. Il conclut par dire que « le » sentiment du juste et de l'injuste n'est, en définitive, qu'une » impression que nous recevons par l'idée du juste et de » l'injuste, et que cette impression, nous l'éprouvons lors » même que l'idée primitive se trouve voilée ou enveloppée » dans le cas spécial qui nous frappe. »

Le système qui fait du bon sens le *criterium* du juste et de l'injuste est à son tour examiné. Ce système jouit d'une popularité qu'il doit à l'apparente facilité de sa conception. Et puis, comme dit l'auteur, quelque modeste qu'on soit, encore a-t-on la prétention d'avoir du sens commun. Il est naturel qu'il ne partage pas l'approbation donnée par beaucoup à cette théorie. Il lui accorde, il est vrai, de ne pas faire défaut à ceux qui sont doués de bon sens et de décider de la justice ou de l'injustice de telle action : « Mais, ajoute- » t-il, elle reste muette dès que la question est exposée dans » des termes généraux. »

Quelqu'un serait-il tenté de répliquer que c'est là justement ce que l'homme doit rechercher, et, que s'il s'agit de la vie morale, de la vie pratique, il suffit d'un moyen qui fournisse dans chaque occurrence un jugement conforme aux véritables intérêts de l'humanité, c'est-à-dire qui, érigée dans son principe, en règle générale, satisfasse à toutes les exigences morales. Nous ne partageons pas cette opinion.

Nous pensons qu'il faut distinguer entre l'imputation personnelle qui juge le mérite moral des actions de l'individu et la recherche philosophique de la règle du juste. Sans doute pour décider si tel a agi moralement ou immoralement, il suffit de savoir s'il a agi selon son intime et sincère conviction morale, et s'il avait en même temps la persuasion d'avoir fait tout ce qui était dans son pouvoir pour éclairer sa conviction, et, la chose ainsi envisagée, on peut arriver à absoudre le Mexicain qui sacrifie à son dieu les

Digitized by Google

prisonniers qu'il a faits à la guerre. Mais du jugement du mérite individuel de l'agent à la proposition du principe général d'après lequel les différentes convictions doivent elles-mêmes être regardées comme plus ou moins éclairées, il y a loin, et d'un autre côté personne ne contestera que la recherche de ce principe ne soit à la fois une chose belle et utile.

Si le système du sens commun ne trouve pas grâce devant l'auteur, on pense bien que le système utilitaire ne le compte pas au nombre de ses partisans ; il se montre même animé d'une juste indignation, lorsqu'il se souvient que de grands scélérats ont souvent fait preuve d'une extrême prudence, et qu'il y en a eu qui furent assez heureux pour se garantir à force d'adresse et de ruses, des conséquences fâcheuses que leurs crimes auraient dû avoir pour leur bien-être. « Les remords vengeurs, dit éloquemment l'auteur, n'habitent pas toujours le cœur de l'homme coupable ; la funeste puissance de tuer jusqu'à la conscience est un fait avéré ; et qu'est-ce que la sanction religieuse pour l'athée ? un mot dont il se rit, un vain fantôme qui trouble à peine ses nuits. »

Pour examiner à fond, afin de la mieux réfuter, la théorie utilitaire, M. Schutzenberger entre dans un profond examen psychologique de l'entendement (*Verstand*), auquel il dit que ce système s'adresse exclusivement, en lui accordant la domination sur toutes les autres facultés, et il arrive à conclure que la théorie utilitaire conduit à la négation de l'idée du juste, ou que tout au moins, « l'idée du juste s'est perdue dans le néant toutes les fois qu'on en a cherché la connaissance à l'aide de l'entendement et qu'on a voulu assimiler à une idée absolue les données de l'expérience. »

Ici, l'auteur s'est trouvé assez naturellement amené à parler du rationalisme de *Kant*, qu'il examine rapidement et dont il dit qu'il épuise l'idée du droit quant à sa forme ;

Digitized by Google

mais que sa stérilité est choquante, lorsqu'on essaie d'en déduire les principes mêmes du droit.

Se rapprochant de son but, à savoir, de rechercher le fondement de l'idée du juste, considérée comme l'essence constitutive de toute règle obligatoire, il examine les systèmes idéalistes, et, après avoir fait voir comment l'analyse et la synthèse reste en deçà de leur but, qui est la connaissance intime de l'univers ou la synthèse divine, il arrive à l'hypothèse idéaliste, c'est-à-dire « à cette audacieuse tentative de construire par l'enchaînement dialectique du » raisonnement, la synthèse divine. » Ici, les systèmes de *Fichte*, de *Schelling* et de *Hegel* sont successivement passés en revue et considérés particulièrement sous le rapport de la manière dont ils rendent raison de l'idée du juste. L'assertion de Hegel, qui « termine cet exposé et qui con» siste à dire que l'organisme de l'état est la forme la plus » réelle de l'intelligence absolue et qu'il résulte de là que » les devoirs imposés à ses membres sont la véritable ex» pression de toute moralité », s'accorde si fort avec le titre que l'auteur a donné à son ouvrage, que l'on est tenté de le croire plus partisan de ce philosophe qu'il n'a l'air de vouloir passer pour tel.

L'auteur est enfin arrivé au point où il doit commencer l'exposition de son propre système. Voici comment il pose son principe fondamental. « Le rapport juridique est le rapport d'une personnalité à une ou plusieurs autres personnalités. La loi fondamentale de la personnalité sera par conséquent le principe suprême du droit; ses élémens, son essence et sa forme, en un mot sa nature, doivent se développer de ce principe, comme la forme des êtres organisés se développe de leur germe. La loi fondamentale de la personnalité est donnée avec son idée; nous la formulons ainsi : le développement libre et complet de la personnalité. Nier cette loi, c'est vouloir qu'une chose soit et ne soit pas. »

M. Schutzenberger s'attache ensuite à indiquer les con-

Digitized by Google

ditions essentielles *auxquelles la réalisation de cette loi est soumise.* Ces conditions sont : 1° l'intelligence qui règle l'action commune de toutes les facultés de l'homme, de ses facultés intellectuelles et morales, de ses penchans, de ses intérêts; l'utile, la prudence, principes inférieurs et relatifs, l'intelligence les règle comme le reste; la liberté morale de l'homme est à ce prix; 2° l'association; l'état social étant l'état de nature de l'homme, il en résulte que sa personnalité ne se développe d'une manière libre et complète que par ses rapports avec d'autres personnalités; 3° l'état; l'association se transforme en état par la nécessité où sont placées les différentes personnalités qui la composent, de faire cesser la lutte qui se déclare entre celles, dont l'intelligence n'a pas réalisé en leur personne la loi fondamentale qui doit les régir; à l'autonomie individuelle doit donc succéder une autonomie sociale et juridique; « les autres membres de la tribu (c'est-à-dire ceux qui ne sont pas engagés dans la lutte), ne partageant point les penchans qui naissent de l'opposition des intérêts personnels, prendront parti pour celui dont les prétentions *leur paraîtront les plus justes*, c'est-à-dire les plus conformes à la loi fondamentale de la personnalité; l'intelligence et la volonté sociale suppléeront ainsi à l'impuissance de la volonté et de l'intelligence individuelle. Arrivé à ce point, l'auteur procède à sa *synthèse anthropologique du droit*, tel est l'intitulé de ce premier chapitre de son système. L'origine de l'autonomie sociale, qu'on vient de voir, indique quelle ne s'étend pas à tous les rapports; «elle ne règle que ceux qu'elle a intérêt à régler et ne s'attache qu'aux conditions essentielles, à l'existence et aux développemens des personnalités réunies en société. » La nature de ces conditions se présente aisément à l'esprit, c'est celle des rapports dans lesquels la personnalité, c'est-à-dire l'individu, se trouve avec d'autres personalités et avec les choses. Rappeler ces rapports et les classer, c'est donc faire le programme complet du droit

Digitized by Google

dans ses développemens, et en même temps, c'est établir sa relation intime avec la loi fondamentale de la personnalité (qui est précisément le développement libre et complet de la personnalité); de cette sorte, il ne doit plus rester de doute sur le principe générateur du droit. L'auteur, après avoir ainsi, par l'analyse anthropologique, trouvé le principe du juste dans l'intelligence de l'homme en société, se voit amené à faire l'application de son principe par la synthèse anthropologique, qui n'est autre chose que l'histoire de l'humanité.

Ainsi, l'homme se trouve dans un rapport nécessaire avec les choses; il faut qu'il en use pour pouvoir exister, il faut qu'il les soumette à son empire pour se développer. Des conflits nombreux devront résulter de ce rapport; l'autonomie sociale a dû nécessairement les régler; de là la propriété et tous les droits qui s'y rattachent. L'union de l'homme et de la femme a donné l'origine à la famille et à la société même. Ce rapport élémentaire a dû aussi trouver son réglement de la part de l'autonomie sociale. La liberté de l'homme donne naissance aux engagemens réciproques; mais, si l'autonomie individuelle sanctionne les conventions formées, cette sanction est impuissante pour les garantir contre les passions égoïstes; la société a donc encore dû déterminer les conditions et les effets des conventions. Il est d'autres conditions du développement de la personnalité, celles qui se rapportent à la religion qui rattache l'existence de l'homme à celle de Dieu. La société a dû régler ces conditions, on sent qu'elles exercent de l'influence sur les rapports des personnalités entre elles ou sur la société.

La société est pour ainsi dire l'homme complet, le type et le produit de sa personnalité; elle est soumise à la même loi fondamentale, exposée aux mêmes perturbations; la société, considérée comme une personnalité, s'appelle l'*Etat*.

Digitized by Google

L'auteur attribue à l'état une vie organique : la société, pour se transformer en état, a dû cesser d'être une agglomération d'individus. L'association en état a été le produit de la communauté d'origine, de langage, de traditions, de mœurs, de religion; elle a donc une base historique, un développement vital. On ne peut concevoir l'association sans liberté, aussi la liberté se trouve-t-elle dans l'état, et elle s'y manifeste par l'assentiment (exprès ou tacite) donné aux règles obligatoires que la volonté sociale a santionnées. C'est ainsi que l'auteur écarte le contrat primitif ou social, tout comme il refuse à son association le caractère de contrat immuable liant à jamais ceux-là mêmes qui n'y ont pas participé; car, dit-il, le contrat se renouvelle et se modifie, son caractère est essentiellement historique et ses transformations successives suivent le développement des personnalités.

Comme la personnalité de l'individu doit se trouver souvent en conflit avec la personnalité de l'état, la société a dû admettre des règles propres à faire cesser cette espèce de lutte; de là le droit public et administratif.

La sanction donnée par la société à ses lois n'est pas seulement morale, elle est mêlée de contrainte en tant qu'il est besoin pour vaincre les résistances individuelles; le droit pénal est l'expression la plus forte de cette contrainte.

Enfin, la personnalité de l'état se trouve en rapport avec celle des autres états. Comme il n'y a pas d'autonomie supérieure à chacune de ces personnalités collectives, le droit des gens nécessairement n'existe encore que dans ses premiers élémens.

Comme les personnalités individuelles et collectives doivent nécessairement se développer, le droit aussi est sujet à développement, et par suite le droit et l'état sont susceptibles de grandir dans des proportions étonnantes et de se poser comme le produit éminemment historique et

Digitized by Google

social d'une intelligence et d'une volonté fort supérieure à l'intelligence et à la volonté individuelles.

C'est ainsi que l'auteur finit cette première partie de ses Prolégomènes, et si l'on a pu un instant craindre de le voir tomber dans le matérialisme historique, on le voit s'élever de nouveau fort ingénieusement dans les régions intellectuelles et même *idéalistiques*. Puisse-t-il bientôt nous donner, non pas seulement la seconde partie de ses Prolégomènes, mais encore l'ouvrage même auquel ils doivent servir d'introduction! puisse-t-il aussi, par les développemens dans lesquels il devra entrer, faire voir clairement la justesse du *criterium* du droit qu'il a adopté.

RAUTER,
Doyen de la Faculté de droit de Strasbourg, député du Bas-Rhin.

—

Digitized by Google

DE LA TRANSMISSION DE LA PROPRIÉTÉ

PAR L'EFFET DES OBLIGATIONS.

Quiconque a fait une étude un peu approfondie de la législation française a pu facilement se convaincre qu'autant elle présente de clarté apparente dans les détails, autant elle offre souvent d'obscurité dans la combinaison des divers principes qu'elle consacre, si on veut les réprendre d'un peu haut. Les auteurs du Code civil ont rerement aperçu, il faut en convenir, toute la portée des règles qu'ils consacraient, toutes les conséquences qu'en entraîne l'application. Il est beau, sans doute, de rechercher, avec Justinien, *simplicitatem legibus amicam*, ou, avec M. Bigot-Préameneu (1), *cette simplicité qui frappe à la fois l'esprit et le cœur*. Mais il serait plus beau encore de bien se rendre compte de ce que l'on fait en innovant, et de ne point s'exposer à tomber dans des antinomies de principes, bien autrement fâcheuses que les antinomies d'espèces, puisque celles-ci n'affectent que la jurisprudence, tandis que les autres vicient radicalement la législation. Que les rédacteurs aient été plus ou moins heureux en restant fidèles sur bien des points à l'esprit de l'ancienne jurisprudence, par exemple, en entourant d'entraves les donations entre vifs, ou bien en préférant par un gothique esprit de famille le collatéral du douzième degré au conjoint, c'est ce qu'il est permis sans doute de rechercher; mais, du moins, on s'explique ces dispositions peu en harmonie avec l'état de nos mœurs par l'empire de ces vieilles traditions auxquelles obéissent involontairement les esprits les plus distingués. Ce qui est beaucoup moins excusable, à

(1) Exposé des motifs du projet de loi sur les contrats.

Digitized by Google

notre avis, c'est de ne point peser avec soin les principes nouveaux que l'on introduit dans le droit.

Il nous serait facile, si nous voulions entrer dans les détails, de justifier, par une foule d'exemples, la vérité de cette observation. Pour n'en citer ici qu'un, quoi de plus bizarre que la disposition (C. c., art. 900) qui étend aux donations entre vifs la maxime, déjà si susceptible de critique pour les testamens, que la condition impossible ou immorale est réputée non écrite. Le législateur, en laissant couler sous sa plume, comme une formule d'usage, les mots : *dans toute disposition entre vifs ou testamentaire*, a-t-il songé à la perturbation qu'entraînait dans l'économie de la loi la simple addition de ces trois syllabes : *entre vifs?* S'est-il aperçu qu'en accordant cette faveur exorbitante aux donations, il se mettait en contradiction avec l'esprit qui avait dicté toutes les autres dispositions légales sur les donations entre vifs, refusant d'annuler, pour cause d'absurdité ou d'immoralité, des dispositions qu'il anéantissait impitoyablement pour le moindre vice de forme? A-t-il bien examiné au tribunal de la raison si le gratifié méritait quelque faveur là où sa volonté avait concouru avec celle du disposant; là où, en acceptant la donation, il avait dû accepter également la condition sous laquelle elle était conférée? Enfin a-t-il aperçu la grave difficulté pratique que soulèverait cet article combiné avec l'article 1172 qui annule l'obligation contractée sous une condition impossible ou immorale; le jurisconsulte se trouvant obligé, pour prononcer la nullité ou la validité de l'obligation, de saisir la ligne de démarcation délicate qui sépare la donation pure de celle qui est mêlée à un contrat onéreux, et même dans cette dernière hypothèse, de démêler quelle a été l'intention dominante des parties? Cet exemple suffit pour démontrer le danger d'un changement glissé ainsi dans la rédaction d'un article. On voit

Digitized by Google

combien une addition de deux mots, presque insignifiante au premier coup d'œil, peut enfanter de difficultés. Mais ce défaut de maturité dans la rédaction de la loi a de bien plus graves inconvéniens quand il s'agit de ces principes générateurs qui dominent tout un système de législation! Celui que nous nous proposons d'examiner ici, la transmission de la propriété par l'effet des conventions, envisagé, soit historiquement, soit philosophiquement, fournirait à lui seul matière à de longs ouvrages. Notre intention n'est que de présenter quelques observations sur la valeur du principe en lui-même, puis sur la manière dont il est appliqué dans notre droit.

Et d'abord rappelons-nous ce qu'on entend par un droit de propriété et par un droit d'obligation. Le droit d'obligation, *jus ad rem*, essentiellement relatif, est le lien qui astreint une personne envers une autre à donner ou à faire quelque chose. Le droit de propriété, *jus in re*, est le rapport qui, dans l'état social, rattache en quelque sorte à une personne la chose dont elle a la pleine disposition; ce rapport existe vis-à-vis de tous; le droit de propriété est donc essentiellement absolu. D'après ces définitions seules, n'est-il pas évident que, sans se préoccuper d'aucune législation particulière, sans s'asservir à l'autorité des jurisconsultes romains, mais bien à celle de la logique, on est fondé à décider que dans tout bon système de lois, le droit de propriété doit se révéler par d'autres signes, par d'autres caractères que le droit d'obligation. L'obligation de livrer un corps certain est la promesse de la propriété, promesse qui peut se constater par divers genres de preuves, suivant l'esprit des diverses législations, mais qui, quelque bien établie qu'elle soit, ne produit jamais par elle-même qu'un rapport d'individu à individu. Pour que celui qui aspire à être propriétaire puisse se poser comme tel vis-à-vis des tiers, ne faut-il pas que l'obligation se convertisse en acte, et en un acte de nature à avertir la société, qui ne doit être tenue

Digitized by Google

de respecter un droit qu'autant qu'il lui est en quelque sorte notifié?

Eh quoi! faudra-t-il encore au dix-neuvième siècle que la propriété ne soit transférée qu'au moyen de la tradition? Nous allons donc de nouveau matérialiser le droit, le soumettre à l'esclavage des formes! Telle est la principale réponse que fait M. Troplong (1) aux objections auxquelles a donné lieu le système de la transmission de la propriété par l'effet des obligations. Nous sommes loin de vouloir prendre ici la défense du système de la tradition; nous pensons toutefois, pour le dire en passant, qu'on s'en exagère beaucoup les inconvéniens. Tel qu'il était pratiqué dans le dernier état du droit romain et dans notre ancienne jurisprudence, avec la manière large dont on entendait la nécessité de prendre possession, *non corpore et actu, sed oculis et affectu;* avec la faculté même d'acquérir la possession par autrui, on ne voit pas qu'il entraînât dans les transactions juridiques les nombreux embarras que l'on se plaît à signaler. Ce que nous reprocherions bien plutôt à la tradition, c'est de ne point atteindre parfaitement le but que l'on se propose en adoptant un signe antérieur de translation, nous voulons dire la publicité. On sait tout ce qu'a souvent d'obscur ou d'équivoque le fait même de la possession. Ce n'était pas non plus à la tradition qu'avaient recours les Romains pour les biens les plus importans, tels que les immeubles et les esclaves, mais bien à la mancipation, forme toute publique, et qui, point bien remarquable! n'exigeait point la présence de la chose, quand c'était un immeuble (2). Preuve évidente que l'on avait senti le besoin, non d'une transmission matérielle de l'objet de la main à la main, mais d'un signe extérieur et public, qui avertît la société de la mutation

(1) Commentaire du Titre de la Vente, ch. I, §. 4a.

(2) La *cessio in jure*, usitée dans le même but, avait le même caractère de publicité.

Digitized by Google

opérée dans la propriété. Eh bien ! ce signe nécessaire, comme l'ont senti les meilleurs esprits, et sur ce point, nous sommes parfaitement d'accord avec M. Troplong, on le retrouve chez nous dans la transcription, moyen prompt et facile de faire savoir au public que tel ou tel individu est investi d'un droit réel. Que le Code civil ait abrogé, sous ce rapport, la législation intermédiaire, sans revenir toutefois à l'ancienne jurisprudence, c'est un point trop bien fixé aujourd'hui, et par une jurisprudence constante, et par l'opinion presque unanime des jurisconsultes, pour qu'il soit permis de la révoquer en doute. Mais tout le monde sait aussi que ce grave changement s'est introduit dans nos lois à la dérobée, sans avoir été préparé par aucune discussion spéciale ou approfondie, et que le principe de la translation de la propriété par le seul consentement, n'y est jamais appliqué d'une manière bien nette et bien franche. On convient généralement que le système de la loi de brumaire était préférable, et qu'une bonne législation ne devrait point considérer les tiers comme enchaînés par un acte occulte. Toutefois des auteurs graves, et M. Troplong entre autres (1), tout en appelant de leurs vœux, une réforme en ce sens, persistent à soutenir que le Code civil est non seulement excusable, mais louable, d'avoir fait dépendre du seul consentement la translation de la propriété. La question ainsi restreinte n'a plus trait évidemment qu'à la translation de propriété *entre les parties*. C'est sur ce terrain que nous allons suivre les apologistes du Code.

Cette idée d'une translation de propriété purement relative appartient aux partisans de la loi de brumaire. Ils prétendaient concilier par-là avec le principe de la transmission par l'effet des obligations (art. 711 et 1138), celui qu'ils espéraient faire prévaloir, de la nécessité de la transcription vis à vis des tiers. C'est en ce sens que nous

(1) *Loc cit.*

Digitized by Google

lisons au titre de la vente (art. 1583) : *La propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix.* Mais la raison est loin d'avouer ce mode de conciliation. Dépouiller la propriété de son caractère absolu, c'est lui enlever son essence même. On est propriétaire ou on ne l'est pas. Il est impossible de concevoir un véritable droit réel, un *jus in re*, qui n'existe que vis-à-vis d'un seul individu. Autant vaudrait dire que le créancier a un droit d'hypothèque vis-à-vis du débiteur, quand l'hypothèque lui a été consentie par acte notarié. Singulier droit réel que celui qui ne vous permet de triompher que vis-à-vis de la personne qui s'est spécialement obligée envers vous ! Mais est-ce que par hasard l'action personnelle ne suffisait plus au créancier pour obtenir la condamnation de son débiteur ? Vis-à-vis de celui de qui je réclame un corps certain, ai-je besoin de m'en dire propriétaire, pour avoir droit de me le faire livrer *manu militari ?* Ou si la chose n'existe plus ou a disparu, obtiendrai-je des dommages-intérêts moins considérables en me présentant comme acheteur, qu'en me parant du vain titre de propriétaire ? Quant à la question des risques, était-il besoin le moins du monde de conférer à l'acheteur la propriété de l'objet pour décharger le vendeur des cas fortuits. En d'autres termes, était-il besoin, quoi qu'en dise M. Troplong (1), d'appliquer à l'acheteur, le vieil adage : *res perit domino*, pour établir que le vendeur débiteur d'un corps certain, était libéré par la faute de ce corps, sans perdre pour cela ses droits au prix, lequel, en effet, reste invariable, que la chose ait péri ou ait doublé de valeur ? Enfin, que le vendeur soit considéré comme débiteur de l'objet vendu, ou comme dépositaire de la propriété de l'acheteur, sa responsabilité n'est-elle pas la même relativement aux fautes ?

(1) Même Commentaire, ch. IV, § 359.

Digitized by Google

Le Code civil, dit-on, assure ainsi à la volonté de l'homme sa noble prépondérance. La volonté supplée au fait, ou, pour mieux dire, elle est elle-même un fait moral, saisissant les choses pour leur imprimer le cachet de sa puissance. Mais, de deux choses l'une : ou cet exercice si noble de la volonté humaine a effet vis-à-vis des tiers, et alors, comme il peut être malheureusement occulte, loin de mériter notre admiration, il devient l'instrument des fraudes les plus déplorables ; ou bien ces effets sont concentrés entre les parties ; et alors, il n'y a plus tant à se récrier sur sa vertu, puisqu'il ne produit aucun résultat sérieux, ainsi que nous venons d'essayer de le démontrer. Envisagée sous le premier point de vue, la transmission de propriété est une dangereuse erreur ; envisagée sous le second, elle n'est plus qu'une subtilité, une fiction, contraire à l'esprit de notre droit.

La manière dont le Code civil énonce les effets du nouveau principe qu'il consacre, a quelque chose d'obscur et de bizarre, qui se ressent de la singulière confusion que le nouveau principe introduisait dans les idées : *L'obligation de livrer la chose*, dit l'art. 1138, *rend le créancier propriétaire, et met la chose à ses risques, dès l'instant où elle a dû être livrée.* L'obligation rend le créancier propriétaire ! Mais est-ce que l'obligation ne rend pas d'abord le créancier créancier ? Puis, comment concevoir, en saine logique, la position d'un individu qui devient à la fois propriétaire et créancier ? Peut-on être créancier de sa propre chose, ou, si l'on veut, propriétaire de l'objet de sa créance ? N'y a-t-il pas là des expressions qui jurent entre elles ? Où est donc là cette simplicité du droit moderne que l'on nous vante à chaque instant ? N'a-t-on pas trouvé là pour le créancier le fondement d'une action *mixte*, ou *personnelle réelle*, qui bouleverse toutes les idées reçues, et dans le droit, et dans la procédure ? Croirait-on pourtant que le législateur n'a pas eu conscience du changement qu'il intro-

Digitized by Google

duisait par ces étranges expressions ? Le tribun Favard (1), après avoir analysé l'article 1138, ajoute simplement : *ces principes ont été consacrés de tout temps parmi nous ;* préoccupé peut-être de cette malheureuse idée qu'on ne pouvait mettre les risques à la charge du créancier, qu'en le considérant comme propriétaire. Nous ne nous arrêterons pas sur la grave inexactitude de rédaction signalée par tous les commentateurs dans cet article : *dès l'instant où elle a dû être livrée*, pour *dès l'instant où est née l'obligation de livrer;* si ce n'est pour faire observer que cette erreur dans l'expression provient à notre avis d'un certain embarras dans la pensée des rédacteurs, qui auraient parlé plus nettement, s'ils avaient adopté un système plus simple et plus raisonnable.

On sait que les principes généraux du droit français sur les biens, ne doivent être appliqués qu'avec distinction, à raison de l'énorme différence qui existe chez nous entre la nature légale des meubles, et celle des immeubles. Pour les immeubles seuls, il est vrai de dire qu'il n'est besoin ni de tradition ni de transcription, pour pouvoir s'en dire propriétaire. Quant aux meubles, voici comment s'exprime l'article 1141. *Néanmoins, si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi.* D'après les expressions de cet article, qui semble ne point indiquer un changement de principe, quant à l'acquisition de la propriété, mais une simple préférence pour le possesseur de bonne foi, plusieurs auteurs ont pensé que la transmission par le simple consentement, existait aussi en principe pour les meubles, mais que seulement le possesseur non suspect de dol, pouvait se défendre par une exception

(1) Rapport au tribunat sur le projet de loi relatif aux contrats.

Digitized by Google

tirée de sa position. Mais, à notre avis, admettre cette explication, c'est évidemment se payer de mots. Un propriétaire, dont le droit doit succomber vis-à-vis de tout possesseur de bonne foi, nous semble n'avoir qu'un vain titre, ou si l'on veut à toute force voir là un droit de propriété, il faut évidemment retomber dans cette idée, d'une propriété relative que nous avons reconnue si contraire à la logique. Disons plutôt que, si l'acheteur du meuble qui a été livré à un tiers, n'a de recours que contre son vendeur, il ne faut point jouer sur les mots, il n'a vraiment qu'une action personnelle, une créance contre celui-ci. Le Code a fait de la tradition pour les meubles, ce que nous voudrions qu'il eût fait de la transcription pour les immeubles, le signe caractéristique auquel doivent s'attacher les tiers pour reconnaître à qui appartient la propriété. Or n'être pas propriétaire vis-à-vis des tiers, ou n'être pas propriétaire du tout, sont pour nous des choses absolument identiques. Quant à l'exception *pourvu que la possession soit de bonne foi*, elle ne prouve rien en faveur de l'application du principe général: car elle est de droit, puisque les cas de fraude sont toujours exceptés, et que la donation la plus solennelle tombe, si on prouve qu'elle a été faite en fraude des créanciers.

Même pour les immeubles sous le Code, la transmission de la propriété par le simple consentement n'a pas toujours lieu. Les donations (art. 940), et les substitutions (art. 1069) doivent être transcrites pour avoir effet vis-à-vis des tiers. On a lieu de s'étonner que le législateur prenne tant de soin de nous avertir de ces aliénations à titre gratuit, si rares comparativement aux autres, tandis qu'il ne nous donne aucun moyen de nous assurer de l'existence des ventes qui se font tous les jours. L'étonnement redouble quand on voit la loi s'attacher à organiser un système de publicité pour les hypothèques, sans songer le moins du monde à faire reposer sur la publicité la base même de tout le sys-

Digitized by Google

tème, la propriété foncière. On voit qu'une législation où se trouvent de pareilles disparates, n'a point été faite d'un seul jet, et sous l'influence des mêmes idées d'un bout à l'autre, mais qu'elle n'a été qu'une transaction entre des opinions divergentes. Or, l'éclectisme ne peut être que pernicieux en législation : ce n'est point avec des pièces de rapport que l'on construit un grand édifice.

Aussi qu'est-il arrivé dans les détails? C'est qu'on a presque constamment perdu de vue le nouveau principe; d'autant plus que la rédaction du Code était modelée sur le travail d'auteurs auxquels ce principe était parfaitement inconnu. C'est ainsi que nous lisons dans l'article 1238 : *Pour payer valablement, il faut être propriétaire de l'objet donné en paiement, et capable de l'aliéner.* Donc *le paiement est un transport de propriété.* Cette conséquence ce n'est pas nous qui la tirons, c'est M. Bigot Préameneu (1). On a pu ensuite, par des explications plus ou moins ingénieuses, faire rentrer l'article 1238 dans le système nouveau, soit en ne l'appliquant qu'au paiement de quantités, et non de corps certains, soit en ne l'entendant que des rapports du débiteur et du créancier, lequel aurait le droit de refuser en paiement la chose d'autrui. Toujours est-il que le législateur, en rédigeant cet article, était imbu des idées de Pothier et de Domat, et croyait en ce moment, avec le bon sens vulgaire, qu'il s'opère une translation de propriété au moment du paiement; oubliant qu'il avait posé en principe que le créancier devient propriétaire par cela seul qu'il devient créancier. C'est ainsi encore que l'art. 1303 veut qu'en cas de perte de la chose, le débiteur *cède ses actions* au créancier. Ce sont là, dit-on, des vestiges de l'ancien droit. Mais qu'on lise attentivement tout le titre des contrats, à part l'article 1138, on n'y trouvera pas une seule trace du nouveau mode de translation de la propriété.

(1) Même exposé du projet de loi sur les contrats.

Digitized by Google

Au contraire, toutes les dispositions de la loi s'expliqueraient parfaitement sous l'empire des anciens principes, tandis qu'il faut souvent faire un véritable tour de force pour les concilier avec l'article 1138. Si les rédacteurs du Code avaient à cœur, comme on nous le dit, de prouver l'empire de la volonté humaine en introduisant cette innovation, ils devaient montrer eux-mêmes un peu plus d'énergie et d'indépendance, en s'abstenant de copier servilement Pothier et Domat, là où ils avaient cessé d'admettre le même point de départ.

Pour résumer ces observations, le système de la transmission de la propriété par l'effet des obligations, peut se concevoir de deux manières, soit entre les parties, soit relativement aux tiers. Entre les parties, il nous semble une de ces superfétations, une de ces subtilités puériles, *idola fori*, qu'il faut bannir d'une législation sérieuse, puisqu'il est impossible de concevoir un pareil droit de propriété, ou d'en comprendre l'utilité. Vis-à-vis des tiers, il est également contraire aux principes, puisqu'il est bien peu logique de conférer un droit absolu, dont on pourra se prévaloir vis-à-vis de la société, au moyen d'un acte secret, qui ne devrait avoir effet qu'entre les parties contractantes. Il est de plus éminemment dangereux, et en contradiction flagrante avec l'esprit de notre système hypothécaire, qui ouvre en quelque sorte au public le grand livre de la fortune des particuliers, puisqu'il permet de laisser dans l'ombre la mutation de la propriété même, sur laquelle repose tout l'édifice. Le principe bien autrement vrai, bien autrement utile, que la propriété, droit en quelque sorte public, ne peut se conférer que par un acte public et apparent, s'est fait jour dans la législation de tous les peuples. C'était là ce qu'avaient senti les Romains, lorsqu'ils proclamaient la nécessité de la tradition, et surtout de la mancipation sur la place publique, de la cession devant le préteur. L'insinuation, souvent exigée au bas empire, n'avait pas d'autre

Digitized by Google

but. La même nécessité sociale se fait sentir dans la poésie grossière des formes juridiques du moyen âge, où nous voyons la transmission de la propriété *per glebam*, *per cespitem*, se faire en présence de témoins, soit sur les lieux, soit au pied des autels. La transcription, plus en harmonie avec nos mœurs, a été introduite dans le même but. Tout proclame la nécessité de la publicité pour la transmission des droits réels. Puisse une législature éclairée, se reposant des passions politiques par de plus nobles travaux, fonder sur le rétablissement de ce principe salutaire la réforme si désirée du système hypothécaire français!

E. Bonnier,
docteur en droit.

DROIT CRIMINEL.

Excuses. — Circonstances atténuantes. — Application des art. 326 *et* 463. (C. Pén.)

On l'a dit avant nous (1) : S'il est vrai que toute erreur porte tôt ou tard un mauvais fruit, la maxime est principalement fondée en ce qui regarde le droit criminel. Sur ce terrain, le mauvais fruit mûrit vite. L'erreur s'y traduit, dès l'abord, en arrêts qui par le fait sont des injustices. Il est donc utile en cette matière de contester tout point contestable, de protester contre toute doctrine erronée ou fausse, et l'utilité redouble alors que les doctrines fausses ont apparu sous certains auspices; car elles sont plus dangereuses en raison du nom ou du talent qui les recommande ou de la sanction qui les soutient.

(1) M. Mesnard. *de l'administration de la justice criminelle en France*, Poitiers, 1832.

Digitized by Google

Ceci explique pourquoi nous venons, bien qu'un peu tard, nous constituer l'adversaire d'une théorie émise (1) par l'honorable M. Garnier-Dubourgneuf, avocat-général à la cour royale de Riom, aujourd'hui juge au tribunal civil de la Seine.

L'admission de l'excuse prévue par la loi peut-elle empêcher l'application des circonstances atténuantes? Un homme est coupable de blessures qui ont occasioné une incapacité de travail pendant plus de vingt jours; le jury décide que des provocations ont rendu le fait excusable; d'autre part, l'existence des circonstances atténuantes est reconnue, la peine du condamné sera-t-elle réduite eu égard aux deux solutions? ou quand toutes deux lui sont acquises, n'en est-il qu'une qui lui servira? Telle est la question que soulève M. Garnier-Dubourgneuf, question par lui décidée en définitive au préjudice, et qui, selon nous, doit l'être en faveur du condamné.

L'on conçoit la différence des résultats : la répression ne pourrait descendre au dessous de six mois d'emprisonnement dans un cas; dans l'autre, elle peut s'abaisser au taux des peines de simple police. (V. l'art. 309, 326 et 463.)

M. Garnier-Dubourgneuf constate que le condamné semble avoir deux moyens pour un d'échapper à toute l'intensité de la peine. En effet, les derniers paragraphes des art. 463 et 326 sont ainsi conçus: art. 326 : *S'il s'agit d'un délit, la peine sera réduite à un emprisonnement de six jours à six mois.* Art. 463 : *Dans tous les cas où la peine de l'emprisonnement et celle de l'amende sont prononcées par le présent Code, si les circonstances paraissent atténuantes, les tribunaux correctionnels sont autorisés à réduire l'emprisonnement même au dessous de six jours, et l'amende même au dessous de seize francs; ils pourront aussi prononcer séparément l'une ou l'autre de ces peines,*

(1) Le journal *le Droit*, en date du 23 juin 1836.

Digitized by Google

et même substituer l'amende à l'emprisonnement, sans qu'en aucun cas, elle puisse être au dessous des peines de simple police. Peu importe donc l'ordre qu'on suive; soit que l'admission des circonstances atténuantes, soit que l'excuse spéciale opère d'abord et substitue à la réclusion, soit les peines de l'art. 401, soit l'emprisonnement de six mois à deux ans, le § 4 de l'art. 326, ou 7 de l'art. 463, s'accordent à prêter au condamné leur appui. Ses intérêts ne sont point gravement en jeu dans cette alternative. La première marche qui, sans nul doute, est la régulière, réduit à six jours; l'autre méthode, à un jour d'emprisonnement ou même à un franc d'amende, le minimun de pénalité. Comment M. Garnier-Dubourgneuf part-il de là pour fermer aux condamnés la double voie qu'il leur a ouverte, et pour signaler dans la loi une lacune qui les priverait en partie de l'atténuation à laquelle on ne peut nier qu'ils ont droit? tout l'obstacle est, selon lui, dans un mot; mais dans les deux hypothèses cet obstacle existe, invincible, insurmontable; que l'autorité législative s'entremette et y remédie! Relisez l'art. 326, § 2 qui régit l'excuse spéciale: *S'il s'agit de tout autre crime, la peine sera réduite à un emprisonnement de six mois à deux ans.* Maintenant voyez les termes des art. 463, § 7, et 326, § 4; n'est-il pas évident qu'aucun des deux n'est applicable, puisqu'il faut ou que le crime devenu *délit* se trouve justiciable des tribunaux correctionnels, § 7, ou qu'il s'agisse d'un *délit*, § 4; le § 2 nous apprend qu'il s'agit d'un CRIME. A la vérité, si l'admission des circonstances atténuantes a produit d'abord son effet, elle a changé en peines correctionnelles la peine infamante; si c'est d'autre part l'excuse légale, celle-ci a substitué à la réclusion un emprisonnement qui peut descendre à six mois; mais parce que l'infraction n'est punissable que correctionellement, est-ce une raison pour appliquer le § 4 qui dit *s'il s'agit d'un délit?* parce que l'emprisonnement est une peine correctionnelle, serait-ce un motif d'arriver

Digitized by Google

à l'application du § 7, en vertu duquel les cours d'assises jugeraient comme tribunaux correctionnels? Certainement non. L'art. 326 conserve la qualification de crime; l'admission des circonstances atténuantes, non plus que la reconnaissance de l'excuse légale ne fait du crime un délit.

Telle est intégralement la doctrine de M. Garnier-Dubourgneuf; nous croyons ne l'avoir point dénaturée. Voyons donc comment il la démontre; car tout théorème réclame sa démonstration. Et ici la démonstration n'est pas acquise. Il y a un point où nous n'avons, jusqu'à présent, qu'une assertion. Ce n'est pas un axiôme.

Erigez votre affirmation en principe; prouvez contre nous, contre bien d'autres, que l'admission des circonstances atténuantes non plus que la reconnaissance de l'excuse légale, ne modifie l'acte criminel de telle sorte qu'elle en fasse un délit. Jusqu'alors tout est en question.

M. Garnier-Dubourgneuf nous a entendu. Il a continué. Il aborde le terrain où l'entraînait la logique; mais, osons le dire, il ne semble pas assez comprendre que tout est là, que là doit être la pierre angulaire de son édifice, le centre d'où la lumière doit rayonner. L'argumentation dans cette partie du travail de M. Garnier-Dubourgneuf est exiguë; ou si l'on veut, il n'a point donné de justes proportions aux diverses parties du travail dont il livrait la connaissance au public. Nous croyons, du reste, que ce défaut tient moins à l'écrivain qu'à la cause.

Reproduisons textuellement, crainte de l'affaiblir, l'argumentation susdite, on appréciera si l'étendue est la seule qualité qui lui manque.

M. Garnier-Dubourgneuf, s'apercevant que l'art. Ier de nos lois pénales ne lui est pas favorable, mais protégé au contraire les condamnés, s'exprime ainsi :

« L'article Ier du Code pénal porte, il est vrai, que l'infraction que les lois punissent d'une peine correctionnelle est un *délit*, et que celle que les lois punissent d'une

Digitized by Google

peine afflictive ou infamante est un *crime*. Or, le fait qui nous occupe n'étant passible que d'une peine correctionnelle (C. P., 9), il semble qu'il constitue un simple *délit*. Ce n'est pas ainsi qu'on doit entendre la définition du Code pénal, qui considère l'action abstractivement et sans avoir égard aux circonstances modificatives de la pénalité. La loi, en effet, admet dans la culpabilité, et par suite, dans la punition, des nuances et des variétés; mais l'infraction commise reste extérieurement la même. Il faut donc, pour déterminer la qualification qui appartient à un fait, sans s'arrêter à la condamnation prononcée, rechercher la peine qui pouvait l'être indépendamment des motifs d'atténuation. Cette doctrine, qui, nous l'avouons, n'est pas satisfaisante, peut être constestée; mais elle est conforme à la loi, et la cour de cassation l'a adoptée dans un grand nombre d'arrêts. »

Laissons de côté cette espèce d'inconséquence, de nier qu'on doive entendre un article d'une façon, lorsque bientôt l'on confesse qu'à l'appui de cette dénégation, dont les effets seront rigoureux, on n'a en somme qu'une doctrine contestable et qui n'est pas satisfaisante. Laissons cela, et prenons de front la doctrine puisque M. Garnier Dubourgneuf la tient pour sienne après tout, de même que la cour de Riom l'a mise en pratique dans un arrêt que le magistrat rappelle.

On ne doit pas entendre ainsi, dites-vous, *la définition du code pénal*; mais remarquez qu'on ne peut l'entendre de deux manières; rien au monde ou dans une loi quelconque de plus précis, de plus net, de moins ambigu. *Il considère l'action abstractivement*, etc.; mais de bonne foi, et si nous entendons les mots de la langue, ceci est le rebours du vrai. Loin de juger abstractivement, le Code a répudié l'abstraction; il s'attache à la circonstance concrète, matérielle, extrinsèque, en un mot à la pénalité; il qualifie chacun des actes l'œil fixé sur elle, il la prend pour point

Digitized by Google

de départ, pour échelle, pour mesure, et on le lui a reproché (1). Les reproches étaient exagérés, M. Rossi a été trop loin, cette définition n'est point immorale, son plus grand tort est de vouloir créer un principe générateur de compétence, tandis qu'elle nécessite une sentence préalable pour déterminer la juridiction devant laquelle l'auteur d'un fait sera poursuivi. C'est notre opinion; mais toujours est-il que, si le législateur ne fait point dans l'art. 1er complète abstraction du caractère moral des faits, on pousse trop loin le paradoxe de dire qu'il ne tient point compte de la peine, de la condamnation.

Poursuivons. La loi, ajoute M. Garnier-Dubourgneuf, *admet dans la culpabilité, et par suite, dans la punition des nuances et des variétés; mais l'infraction commise reste extérieurement la même.* Quoi! ces nuances (puisque *nuance* est le mot dont on se sert) modifient la culpabilité du fait et la punition, c'est-à-dire qu'elles l'imprègnent et le pénètrent tout entier, dans son principe et ses résultats, dans sa source et dans ses effets, néanmoins l'infraction reste extérieurement la même! Et pourquoi cela? Pourquoi cette autre chose (car vous ne pouvez disconvenir que ce ne soit plus la même chose) s'appellerait-elle du même nom? Comment le fait est-il traversé de part en part, car la culpabilité et la punition sont deux points extrêmes, points corrélatifs ou plutôt indissolublement unis, comment, disons-nous, le fait est-il traversé par la circonstance modificative sans qu'elle le touche dans une peine intermédiaire, comment, ce qui est mathématiquement faux, serait-il rationnellement vrai? Qu'on dise qu'une chose est la même intérieurement, bien que changée à l'extérieur, on le conçoit. Mais l'inverse est moins facile à comprendre, et quant à la transmutation, telle qu'il vous plaira de la supposer,

(1) Voyez MM. Hélie et Chauveau, *Théorie*, tom. I; et M. Rossi, *Traité du droit pénal*, Intr., p. 54.

Digitized by Google

transmutation sans métamorphose, c'est un mystère contre lequel la raison se révolte autant que la conscience repousse les conséquences que vous en tirez.

M. Garnier-Dubourgneuf répondra que sa théorie n'est pas satisfaisante. Oh ! certes, elle ne l'est pas, et si l'homme à qui la cour d'assises du Puy-de-Dôme en a fait l'application le 17 février 1833 y a réfléchi pendant des mois de détention surérogatoire, il ne l'aura pas non plus trouvée telle. Mais pourquoi adoptez vous ce qui ne vous satisfait pas, et pourquoi chercher des prosélytes à telle doctrine en la soutenant de votre talent ?

Elle est conforme à la loi, et la cour de cassation l'a adoptée dans un grand nombre d'arrêts. Pour ce qui est d'une conformité avec la loi, nous avons démontré que vous êtes au contraire en pleine contradiction avec elle, art. 1er. Est-ce un autre article de loi dont s'appuie votre doctrine ? quel est-il ? citez-le. Sans doute ce n'est pas de l'art. 326, § 2 que vous entendriez parler, puisque nous discutons précisément le sens de ses termes.

Nous croyons qu'un examen plus attentif aurait laissé à ce mot de *crime* dans l'art. 326 moins d'importance que M. Garnier-Dubourgneuf ne lui en prête. On sait que la rédaction de ce § n'est que la reproduction exacte ou peu s'en faut du § 2 de l'art. 646 du Code de brumaire an IV. Après une disposition relative au meurtre, ce Code portait : « S'il s'agit de tout autre délit, le tribunal réduit la peine établie par la loi à une punition correctionnelle qui en aucun cas ne peut excéder deux ans d'emprisonnement. » Le Code de 1810 a fixé un minimum, et il a substitué le mot *crime* au mot *délit*. De cette substitution que conclure ? rien autre chose si ce n'est qu'ayant remplacé par des classifications le mot générique de délit inscrit au sommet du Code de brumaire, et voulant différencier en cas d'excuse la répression des faits punis de la réclusion ou des travaux forcés, d'avec celle des faits punis de mort, ou de peines perpétuelles, le

Digitized by Google

législateur, vu la définition de l'art. 1, a mis dans le § le mot *crime* là où était l'autre mot. Et il était impossible de ne pas opérer cette substitution, comme aussi il est impossible à M. Garnier-Dubourgneuf d'en déduire la moindre raison valable dans la discussion actuelle. En effet, c'est d'un crime qu'il s'agit quand le législateur parle du fait susceptible d'être modifié par la constatation d'une excuse ; mais quand il parle du fait modifié par l'excuse, de ce fait qui va être puni de six mois à deux ans d'emprisonnement, l'infraction changée à la fois de fond et de forme n'est plus crime, elle est délit. Supposé qu'au lieu des mots « s'il s'agit de tout autre crime la peine sera réduite à un emprisonnement (etc)., » la lettre de la loi fût : s'il s'agit de tout autre crime il sera puni d'un emprisonnement (etc.), M. Garnier-Dubourgneuf pourrait trouver là une ombre, un prétexte, un fantôme d'argument. La lettre apparente de la loi serait pour lui. En présence de l'article tel qu'il est au Code, cette ombre même n'existe pas, la subtilité est sans ressource.

Faut-il observer que le fantôme d'argument ne tiendrait guère devant l'article 1er, et démontrer de nouveau l'erreur de M. Garnier-Dubourgneuf, qui pense que dans le système du Code on doit, pour déterminer la qualification qui appartient à un acte, non pas s'arrêter à la condamnation prononcée, mais rechercher la peine qui pouvait l'être indépendamment des motifs d'atténuation, nous n'avons que l'embarras du choix dans les preuves qui ressortent des délibérations législatives de 1832 ? Nous citerons seulement cette phrase du garde-des-sceaux à la chambre des pairs, dans son exposé des motifs du nouvel article 463 (*Voy.* Code pénal progressif, page 349) : « L'inflexibilité dans la fixation de la peine renferme dans des catégories trop étroites des faits qui se ressemblent par le nom et diffèrent par leur essence ; la conscience proteste contre ces assimilations. » Donc c'est la fixation de la peine qui établit les classifications légales ; donc la flexibilité ou mieux

Digitized by Google

la modification de la peine arrache à d'injustes catégories des faits qui en sortent par leur essence ; donc le législateur de 1832 entend comme nous une définition qui du reste, nous le répétons, ne peut s'entendre de deux manières ; donc les circonstances atténuantes d'un acte et de la peine qu'il encourt atténuent également la qualification sous laquelle on l'avait enveloppé, et qui peut le plus, peut le moins.

Ce que nous disions en dernier lieu, que le crime devient délit dès que l'excuse est constatée, trouve aussi sa démonstration dans l'ensemble des discussions législatives que l'on peut toujours consulter avec tant de fruit. Nous nous bornerons encore à de courts passages parmi beaucoup d'autres explicites. Le rapport de la chambre des députés avait dit : Le caractère moral des faits peut varier dans les débats ; l'admission des circonstances atténuantes n'a d'autre objet que de faire constater ces changemens, de rectifier *l'incrimination* (Code pénal progressif, page 134). Le garde-des-sceaux dit à ce sujet : Les cas d'excuse légale, peu nombreux, susceptibles d'être nettement articulés et définis, changent beaucoup plus gravement que les circonstances atténuantes et le caractère moral du fait et la détermination juridique de la répression. M. de Bastard dit ensuite à la chambre des pairs : Les faits d'excuse n'ont besoin aujourd'hui pour être légalement reconnus que de réunir cinq voix dans le jury. Cette disposition se justifie lorsqu'elle s'applique à un fait déterminé, et dont la constatation enlève à l'acte poursuivi toute sa *criminalité*.

Il nous paraît inutile d'insister davantage. L'article 11 de la loi du 25 juin 1824, la défense écrite art. 463, de jamais abaisser les peines pour délits, au dessous des peines pour contravention, certains motifs qui déterminèrent à admettre le système des circonstances atténuantes, fourniraient encore au besoin des moyens à notre thèse. Nous pourrions en puiser dans la dissertation de M. Garnier-Dubourgneuf

Digitized by Google

lui-même; il cite un arrêt sagement rendu le 27 août 1832 dans une espèce où les art. 463 et 326 prêtèrent concurremment tous leurs bienfaits à un condamné pour meurtre : Nous demanderions à notre adversaire s'il ne sent rien qui le blesse à ce qu'un degré de culpabilité de moins constitue un véritable désavantage; mais encore un coup, nous croyons en avoir dit assez.

HERCULE BOURDON,
juge-suppléant à Lille.

JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION.

(*Du 1er avril au 31 août* 1836.)

Nous reprenons aujourd'hui la revue critique des arrêts de la cour de cassation que nous avions été obligés d'interrompre; mais nous avons cru utile d'en modifier le plan.

Quelques réflexions préliminaires feront sentir les avantages des modifications que nous avons cru devoir adopter.

Il importe que les monumens remarquables de la jurisprudence de la cour suprême parviennent, sans délai, à la connaissance de toutes les personnes vouées à la pratique des lois. Il est rare, en effet, qu'au moment où la cour de cassation juge une question grave, cette même question ne soit pendante devant quelques uns des tribunaux ou cours du royaume. Les feuilles judiciaires quotidiennes répondent à ce besoin, et font connaître au public des légistes les décisions intéressantes de la cour suprême aussitôt qu'elles sont rendues.

Les recueils mensuels viennent ensuite compléter ce tableau de la jurisprudence, tant par l'addition d'un grand nombre d'arrêts qui statuent sur des matières toutes spéciales, ou sur des questions d'un intérêt secondaire, que par les développemens, en général plus étendus, qu'ils présentent sur les questions d'un intérêt majeur.

Mais, précisément parce que les recueils mensuels sont plus détaillés et plus complets, les gens d'affaires occupés ne peuvent en faire une lecture suivie, et ne les consultent guère qu'à l'occasion de la question spéciale qu'ils sont appelés à discuter ou à résoudre.

Il advient de là que l'ensemble général de la jurisprudence de la cour suprême est une sorte de secret que, dans l'état actuel de la science, peu

Digitized by Google

de personnes possèdent, chacun se contentant de rechercher le point spécial de jurisprudence qu'il a accidentellement besoin de connaître.

Mais, outre le temps considérable qu'absorbent nécessairement de semblables recherches, il est difficile d'apprécier sainement un arrêt, et surtout de saisir les conséquences souvent si nombreuses et si importantes, qu'on peut en déduire, quand on ne possède pas à fond le corps de doctrine auquel cet arrêt se rattache.

Ce que nous voulons entreprendre, c'est donc de systématiser la jurisprudence de la cour suprême, de manière à en faire, si nos efforts pouvaient atteindre leur but, une espèce d'ouvrage méthodique qu'on pût lire comme un ouvrage de simple doctrine.

C'est toujours, en effet, dans cette jurisprudence qu'on doit chercher les enseignemens les plus sûrs et les plus féconds.

L'ouvrage le plus complet sur une branche particulière du droit, indique à peine dix questions sur une matière qui, dans la jurisprudence, en présente mille, et il ne peut en être autrement. Ce n'est que le jeu perpétuel et quelquefois si bizarre des transactions sociales qui fait naître les difficultés, et c'est l'intérêt privé, sorte de microscope qui ne trompe que parce qu'il change les proportions des objets, qui en découvre les nombreuses ramifications.

Et puis, qu'est-ce que l'opinion d'un auteur qui n'aperçoit le plus souvent qu'une des faces de la question, et qui souvent vise au paradoxe pour arriver plus tôt à la réputation, comparée à celle de douze à quinze magistrats aussi éclairés qu'impartiaux, qui ne rendent leur sentence qu'après avoir entendu les discussions souvent contradictoires des avocats, et la parole toujours si grave d'un autre magistrat inaccessible à toute autre passion qu'à celle de la vérité ?

Au lieu donc de présenter dans l'ordre rigoureux des dates, de simples notices, qui offrent toujours de la sécheresse quand on les sépare de l'ordre général d'idées auquel elles se rattachent, nous formerons un faisceau de toutes les décisions rendues, dans une période assez étendue, sur les diverses branches du droit civil et du droit commercial.

Nous rappellerons aussi les points de jurisprudence fiscale qui pourront avoir un intérêt pratique.

On sent toutefois que nous devons, en général, nous abstenir de mentionner les arrêts, qui ne font que confirmer en tout point une jurisprudence tout-à-fait constante. Nous négligerons aussi les questions transitoires, qui deviennent de jour en jour plus rares, à moins qu'elles n'aient un intérêt majeur. Enfin nous n'embrasserons pas dans notre cadre la jurisprudence criminelle, non qu'elle nous semble avoir peu d'importance et n'offrir aux esprits studieux qu'un faible attrait : des jurisconsultes d'un mérite éminent ont montré, dans ces derniers temps, quelle mine précieuse et inépuisable recélait cette jurisprudence, en apparence si aride. Mais il faut reconnaître pourtant qu'elle offre peu d'intérêt pratique pour les gens d'affaires. Nous avouerons, d'ailleurs,

Digitized by Google

que nous espérons à peine remplir d'une manière convenable le cadre dont nous avons dessiné les limites ; et, si nous élargissions ces limites pour y comprendre la jurisprudence criminelle, la tâche serait tout-à-fait au-dessus de nos forces.

La division générale que nous suivrons est celle-ci : 1re partie, lois civiles ; 2e partie, lois sur la compétence et la procédure ; 3e partie, lois commerciales ; 4e partie, lois fiscales.

Dans les trois premières parties, nous suivrons l'ordre même des titres des divers Codes, pour que notre travail puisse être de quelque utilité à ceux qui voudraient ne le consulter que sur une branche particulière du droit.

Notre Revue, suivant son ancien plan, ayant été conduite jusqu'à la fin de mars 1836, nous embrassons dans le présent article les cinq derniers mois de l'année judiciaire 1836. L'article suivant comprendra les cinq premiers mois de l'année 1836—1837, et ainsi de suite.

Ire PARTIE (1). — LOIS CIVILES.

§ Ier. *Des personnes.*

1. La jurisprudence offre peu de solutions sur la législation qui règle l'état des personnes ; on ne peut que s'en applaudir ; car cela prouve que cette partie de la législation ne présente que peu de ces omissions ou de ces obscurités qui engendrent les procès ; et, de tous les procès, les plus fâcheux sont assurément ceux qui troublent la constitution même des familles.

Droits civils. 2. Les lettres de déclaration de naturalité, à la différence de celles de naturalisation, conservant la qualité de Français préexistante et ne la conférant pas, leur effet doit remonter à l'époque où cette qualité a été acquise. Ainsi, peut être admis au bénéfice de cession, le débiteur qui n'a obtenu des lettres de naturalité que depuis le procès engagé (4 mai, *Barré* c. *Vieyra-Molina*). (2)

3. L'enfant mineur suit, en général, la nationalité de son père. Ainsi, doit être réputé étranger l'enfant dont le père, né dans un des pays réunis qui ont ensuite été séparés de la France, n'a pas fait la déclaration exigée par la loi du 14 octobre 1814, pour la conservation de la qualité de Français (1er août, *Hubert*.)

(1) Le défaut d'espace ne nous permet de donner à nos lecteurs que cette première partie, qui est, du reste, la plus étendue et la plus importante. Nous donnerons les trois autres dans la prochaine livraison. (*Note du directeur.*)

(2) Pour ne point surcharger notre travail de chiffres, nous nous bornerons à indiquer les dates des arrêts et les noms des parties, sans citer les recueils. Tous les recueils, en effet, ayant, outre leurs tables analytiques, des tables de dates et des noms des parties, il sera toujours extrêmement facile d'y trouver les arrêts que nous mentionnons.

Digitized by Google

Cette décision est conforme à la doctrine que nous avons émise dans la *Revue*, t. 1, page 306 et 307, en proposant toutefois une distinction que la cour suprême, dans l'arrêt précité, n'a pas été appelée à apprécier.

Séparation de corps. 4. L'adultère du mari, bien qu'il n'ait pas été accompagné de la cohabitation de la concubine dans la maison commune, peut pourtant, quand il est accompagné d'autres circonstances outrageantes pour la femme, rentrer dans la classe des injures graves qui suffisent pour motiver la séparation de corps (14 juin, *Brugière* C. la dame *Brugière*).

Cette doctrine, d'une haute moralité, avait été déjà consacrée par un arrêt de la cour de Bordeaux du 10 mai 1828, et a été suivie par la cour royale d'Amiens dans une affaire toute récente.

5. Mais la femme peut-elle invoquer, à l'appui de sa demande en séparation, des faits survenus, soit depuis l'introduction de l'instance, soit même pendant l'instance d'appel? Quelques cours royales avaient pensé que l'art. 464 du Code de procédure ne permettait pas de prendre ces derniers faits en considération.

Mais la chambre des requêtes a fait remarquer avec raison, que la femme ne formait pas en pareil cas une *demande nouvelle*, qu'elle proposait seulement des moyens nouveaux à l'appui de son action; que, d'un autre côté, l'art. 875 du Code de procédure, en exigeant que l'époux qui veut se pourvoir en séparation, présente au président de son domicile une requête contenant sommairement les faits qui ont primitivement donné lieu à la demande, n'a pas interdit d'y joindre des faits nouveaux, même ceux survenus depuis l'instance et le jugement, jusqu'à l'arrêt définitif (15 juin, *D'Etruchat* c. la dame *D'Etruchat*).

6. Le même arrêt a décidé que, dès que la loi n'avait point défini le caractère des faits constitutifs de la réconciliation, les juges du fait les appréciaient souverainement, et que spécialement une cour royale ne pouvait avoir contrevenu à aucune loi en déclarant que la réconciliation n'avait pu s'opérer par le seul fait du retour de la femme dans le domicile du mari, alors qu'il n'y avait pas eu retour sincère et complet aux habitudes de la vie commune.

Légitimation. 7. La loi de brumaire an 2, en disposant, à l'égard des enfans nés hors mariage, dont le père et la mère seraient encore existans lors de la promulgation du Code civil, que leur état et leurs droits seraient en tous points réglés par les dispositions de ce Code, n'avait pu entendre subordonner la validité des légitimations par mariage subséquent, aux formalités qui pourraient être exigées par le Code civil.

Partant, l'art. 331 de ce Code qui exige pour la validité de la légitimation, des reconnaissances authentiques et du père et de la mère, n'a pu faire qu'à l'égard d'un mariage contracté sous la loi de l'an 2, la légitimation n'eût été *irrévocablement* acquise à un enfant naturel, légalement reconnu, suivant les lois d'alors, par suite de la reconnaissance

Digitized by Google

formelle du père dans l'acte de naissance, et des soins qui lui avaient été donnés par sa mère (5 mai, *Letissier* c. *Colin*).

8. Nous rappelons encore une décision intéressante qui se rattache à l'état des personnes, ci-dessous, n° 20.

§ II. *Des biens et modifications de la propriété.*

Domaine public communal. 9. Les rues des villes, qui ne sont pas le prolongement des grandes routes, constituent pour chaque ville une propriété communale, affectée par la loi à l'usage public, *et notamment à l'usage des propriétés riveraines.*

Dès lors, il appartient aux villes de supprimer une rue et d'en aliéner le terrain, mais à la charge toutefois d'indemniser les riverains du dommage que cette suppression peut causer à leurs propriétés, et spécialement de la privation de leurs entrées et sorties sur la voie publique (5 juillet, *Aribert* c. *Adm. de la guerre*).

Le passage, suivant nous, devrait même, dans tous les cas, être conservé aux propriétaires des maisons riveraines de la rue supprimée, qui n'auraient point d'autre accès à leur propriété; sans qu'il y eût lieu d'appliquer les règles ordinaires de l'enclave, celle notamment de l'art. 683 du Code civil suivant laquelle le passage doit régulièrement être pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique.

La raison en est que ni les propriétaires des maisons riveraines, ni ceux des héritages qui environnent ces maisons, n'ont pu faire entrer dans leurs prévisions la suppression de la rue.

Usufruit. 10. L'action en partage appartient-elle à l'usufruitier, lorsque la chose soumise à son usufruit est indivise avec un autre? L'affirmative ne peut souffrir de difficulté en présence de l'art. 597 du Code civil qui veut que l'usufruitier jouisse de tous les droits dont jouit le propriétaire lui-même : aussi a-t-elle été consacrée par la chambre civile (8 août, *Valory* c. *Enreg.*).

Il est clair seulement que le partage provoqué par l'usufruitier n'est que provisionnel, comme celui des propres de la femme provoqué par le mari seul (art. 818), et que, pour le rendre définitif, le co-partageant doit mettre en cause le nu-propriétaire.

Droits d'usage dans les forêts. 11. La Cour suprême avait d'abord posé, en principe général, que la possession légale de l'usager ne pouvait être établie que par des procès-verbaux de délivrance ou de défensabilité, ou autres actes équivalens, alors même que l'usager rapportait *un titre ancien.*

Nous avons cherché à établir, t. II, p. 466, et t. III, p. 77, que ce principe ne devait pas être admis lorsqu'il y avait titre ancien, et que, dans le cas même où il n'existait aucun titre, il devait subir de nombreuses restrictions.

Depuis, les deux chambres de la cour ont rendu des arrêts qui nous semblent fortifier notre doctrine.

Digitized by Google

Ainsi, la chambre civile a jugé qu'en l'absence même de tout titre, l'usager pouvait, lorsqu'il existait un commencement de preuve par écrit de sa possession légale, émané des agens forestiers, être admis à prouver par témoins, que le droit d'usage avait été acquis par la possession immémoriale à une époque où il pouvait s'acquérir de cette manière, *et qu'il n'avait pas été éteint depuis par la prescription* (16 juin, *préfet de l'Aude* c. *comm. de la Fajolle*). Cette décision justifie pleinement les observations que nous avions faites, t. III, p. 77, nos 1 et 3.

De son côté, la chambre des requêtes, dans un cas où il existait un titre ancien, a décidé que l'usager pouvait être admis à prouver par témoins qu'il n'avait pas cessé d'exercer son droit, lorsqu'il avait été dans l'impossibilité de conserver la preuve écrite de la délivrance, par suite de l'usage où il était de remettre les mandemens de délivrance aux agens du propriétaire, à mesure que les délivrances étaient effectuées par ceux-ci (11 mai, *Péclet* c. *Ledoux*).

Mais cette exception tend à renverser le principe, toutes les fois qu'il existe un titre ancien; car, ainsi que nous l'avons fait remarquer, t. II, p. 166, no 1, aucune loi n'autorise les usagers à exiger qu'il leur soit laissé copie des procès-verbaux de délivrance; et ils ne peuvent non plus, comme les propriétaires de rente, exiger, avant les 30 ans, un titre nouvel.

Servitudes. 12. Par son arrêt du 1er décembre 1835, contraire à un précédent du 10 janvier 1810, la cour de cassation avait déjà jugé que la prescription de vues droites ou obliques à une distance moindre que celle fixée par les art. 678 et 679 du Code civil, ne permettait pas au propriétaire du fonds servant d'élever sur son fonds, en deçà de cette distance, des constructions qui auraient pour résultat d'obscurcir les vues.

Par une conséquence naturelle de ce principe, elle a jugé depuis, que, dans le cas où la maison jouissant des vues joignait immédiatement le fonds servant, le propriétaire de ce dernier fonds ne pouvait acquérir la mitoyenneté du mur qu'à la charge de respecter les vues existantes (21 juillet, *Thomas* c. *Roussan*).

Ce dernier arrêt, comme celui du 1er décembre 1835, nous semble avoir consacré une doctrine fort raisonnable, à laquelle on n'opposait qu'une vaine subtilité, tirée du vieux brocard *tantum præscriptum quantum possessum.*

§ III. *Successions et donations.*

Retrait successoral. 13. Le cohéritier qui a été admis par une décision passée en force de chose jugée à exercer le retrait successoral, ne peut, après cette décision, et quoiqu'il n'ait pas encore remboursé le montant du retrait, être obligé de communiquer le bénéfice de ce retrait à ses cohéritiers (28 juin, *Thomas* c. *Morin*).

En matière de retrait lignager, l'art. 141 de la Coutume de Paris dis-

Digitized by Google

posait : « Le parent et lignager qui le premier fait ajourner en retrait, doit être préféré à tous autres, supposé qu'ils soient plus prochains parens du vendeur. » On admettait généralement dans les autres coutumes le même principe.

L'art. 841 du Code civil n'exprime pas à partir de quel jour le retrayant acquiert un droit privatif au retrait, à l'exclusion de ses cohéritiers.

Nul doute que ce droit privatif ne soit acquis lorsque le montant du retrait a déjà été payé, ou même que l'acquéreur a consenti au retrait dont le prix lui demeure dû.

S'il arrivait, en effet, que le retrayant, en dernière analyse, au lieu de tirer un bénéfice du retrait, se trouvât en perte, ses cohéritiers laisseraient bien certainement cette perte à sa seule charge : il est donc tout simple que, par un équivalent des plus justes, le retrayant, quand il se trouve un bénéfice, en profite exclusivement.

Mais, doit-il en être de même, lorsqu'il est seulement intervenu des jugemens passés en force de chose jugée qui ont autorisé le retrait, sans que le prix ait encore été payé ?

Pour soutenir la négative dans l'espèce de l'arrêt précité, les demandeurs en cassation invoquaient l'autorité d'anciens auteurs, suivant lesquels le jugement qui autorisait le retrait ne liait pas le retrayant, en sorte que celui-ci était encore libre, après avoir obtenu la reconnaissance de son droit, de l'exercer ou de ne pas l'exercer.

Mais, outre que ces auteurs avaient particulièrement en vue le retrait lignager, leur doctrine pouvait, d'ailleurs, se rattacher au principe de l'ancien droit, qui exigeait la tradition pour la translation de la propriété.

Sous le Code, au contraire, dès qu'une décision irrévocable a autorisé le retrait, le retrayant nous semble virtuellement devenir propriétaire du droit qui est l'objet de ce retrait; et si ce droit est à ses risques, il ne serait pas juste qu'il fût obligé d'en communiquer le bénéfice.

Ce n'est donc que, dans le cas où l'instance se trouve encore pendante, que les cohéritiers du premier retrayant peuvent être admis à concourir avec celui-ci.

Encore même, dans ce dernier cas, leur droit ne serait pas à l'abri de toute contestation, quand on considère que le premier retrayant peut avoir exposé déjà des frais assez considérables.

Toutefois il nous semble que, si les auteurs du Code civil avaient entendu conférer un droit exclusif au retrayant dès l'instant même où son action est intentée, ils n'auraient pas manqué de l'exprimer par une disposition analogue à celle de l'article précité de la Coutume de Paris, qu'assurément ils n'ignoraient pas.

Portion disponible. 14. La donation faite en avancement d'hoirie à l'enfant qui renonce plus tard à la succession, doit être imputée sur sa réserve : et, si cette donation n'a pas été payée du vivant du donateur, le légataire par préciput de la quotité disponible, ne peut être obligé d'en supporter une part proportionnelle sur son legs, sous le prétexte

Digitized by Google

que la donation doit alors être assimilée à toute autre dette de la succession (30 mai, *Mourgues* C. *Jenjean*).

On sait que la cour suprême, dans le célèbre arrêt *Laroque de Mons*, du 18 février 1818, avait d'abord décidé que la donation faite à l'enfant renonçant devait, aux termes de l'art. 845 du Code civil, être imputée exclusivement sur la quotité disponible, *même vis-à-vis des donataires postérieurs.*

On sait aussi que, dans ses arrêts des 11 août 1829 et 25 mars 1834, elle a adopté un autre principe, et décidé que l'imputation devait d'abord se faire sur la réserve de l'enfant renonçant.

L'arrêt précité du 30 mai 1836 ne fait que consacrer une conséquence naturelle de cette dernière doctrine.

Mais il faut bien remarquer que, dans aucune des espèces qui ont donné lieu aux derniers arrêts de la Cour suprême, la donation faite à l'enfant renonçant n'excédait la quotité disponible, *calculée isolément.*

On ne peut donc conclure de ces arrêts que l'enfant renonçant peut imputer son don sur sa réserve et ensuite sur la quotité disponible, *de manière à absorber l'une et l'autre.*

Ces arrêts n'ont fait que modifier le *mode d'imputation* qu'avait consacré l'arrêt *Laroque de Mons;* mais ils n'ont nullement contesté cet autre principe consacré aussi par ce dernier arrêt, à savoir, que l'enfant renonçant ne peut point *cumuler* la réserve et la quotité disponible.

En d'autres termes, l'enfant renonçant ne peut jamais retenir son don au-delà de la quotité disponible, calculée isolément; c'est la conséquence nécessaire de l'art. 845. Mais, son droit une fois déterminé d'après ce principe, on doit, dans l'intérêt seulement des donataires ou légataires par préciput postérieurs, commencer par imputer le don sur la réserve du renonçant, et subsidiairement seulement sur la quote disponible.

Tel est, en dernière analyse, le double principe qui s'induit de la combinaison des divers arrêts de la cour suprême. C'est, au surplus, la doctrine qui se trouve explicitement consacrée dans trois arrêts fort connus de la cour de Grenoble, des 30 juin 1826, 22 janvier et 22 février 1827.

On parvient ainsi, à l'aide d'une distinction d'autant plus ingénieuse qu'elle est plus subtile, à respecter le texte *littéral* de l'art. 845 qu'on n'applique qu'à l'enfant renonçant, en même temps qu'on écarte son application, quant aux donataires postérieurs de tout ou partie de la quotité disponible. De cette manière, la faculté si morale laissée au père de famille d'avantager les plus dignes de ses enfans, ne peut plus être paralysée à l'aide de renonciations concertées entre les réservataires.

Donation avec clause de retour. 15. La stipulation du retour des biens donnés, à une autre personne que le donateur, ne constitue pas une substitution fidéicommissaire prohibée, entraînant la nullité de la donation : cette stipulation, interdite par l'art. 951 du Code civil, doit seulement,

Digitized by Google

aux termes de l'art. 900, être réputée non écrite (8 juin, *héritiers Tribert* c. *Sicard*).

La chambre des requêtes qui a rendu cet arrêt, et la chambre civile qui avait rendu un arrêt conforme le 23 juin 1823, nous semblent s'être arrêtées à une frivole différence de dénominations, quand elles ont refusé de voir, dans la stipulation précitée, une véritable substitution fidéicommissaire viciant la disposition tout entière.

Quelle est, en effet, la raison pour laquelle le Code civil a prononcé la nullité absolue de la disposition contenant une substitution prohibée? Nous avons déjà fait remarquer (t. IV, p. 232) qu'il n'y en a pas d'autre que celle-ci, à savoir que ses auteurs n'ont pas voulu que l'homme déloyal retînt en toute propriété l'objet de la disposition, alors que l'homme probe ne manquerait pas d'exécuter l'obligation de rendre, ce qui entraverait dans ses mains la libre disposition des biens donnés.

Mais, comme les mêmes inconvéniens existeraient si on ne déclarait pas nulle dans son entier, une donation contenant stipulation de retour au profit d'un autre que le donataire, il en résulte qu'il n'y a entre une pareille stipulation et une substitution fidéicommissaire qu'une différence de mots, qu'en réalité les deux dispositions ont la même nature, et que l'une et l'autre, par conséquent, doivent également être annulées pour le tout.

Révocation des donations. 16. La survenance d'enfans ne doit pas entraîner la révocation d'un acte qualifié *Donation*, si les juges estiment que cet acte présentait en réalité les caractères d'un contrat commutatif : ils peuvent dès lors ordonner une expertise préalable pour déterminer si la prétendue donation renfermait, ou non, une libéralité (24 mai, *Tournier* c. *Tournier*).

17. Non seulement les donations contractuelles faites par l'époux qui a obtenu la séparation de corps, à son conjoint, ne sont pas révoquées *de plein droit* par le jugement de séparation; mais cet époux ne peut même faire déclarer ces donations révoquées pour cause d'ingratitude (30 mai, *Dauriac* c. *Dauriac*.)

Nous avons déjà cherché à combattre, sur ce dernier point, la jurisprudence de la Cour suprême (*V.* t. III, p. 237) : mais l'arrêt que nous indiquons, et qui est un arrêt de cassation, affaiblit de plus en plus l'espérance d'un changement de jurisprudence.

Partage d'ascendant. 18. Le délai de l'action en rescision *pour cause de lésion*, d'un partage d'ascendant fait par acte entre vifs, court à dater du jour du partage, et non pas seulement à dater du décès de l'ascendant (13 juillet, *Filloux* c. *Filloux*).

Les partages d'ascendans faits par acte entre vifs étant irrévocables, la doctrine consacrée par cet arrêt ne pourrait donner lieu, ce nous semble, à des difficultés bien sérieuses.

La question était plus délicate, à l'égard des anciennes démissions de biens que les démettans pouvaient révoquer *ad nutum*.

Digitized by Google

Et toutefois, à l'égard même des partages faits à la suite de ces démissions de biens, un arrêt tout récent de la chambre civile du 9 août dernier, a décidé que le délai de l'action en rescision pour lésion courait aussi à dater du jour du partage, quand ce partage avait été postérieur à la démission et n'avait pas été effectué par le démettant lui-même.

Donation entre époux. 19. La donation faite durant le mariage, par l'un des époux à l'autre, de l'*usufruit de tous les biens qu'il laissera à son décès*, confère la saisine au donataire, sauf le droit qu'a le donateur de révoquer. Partant, l'époux survivant n'est pas obligé de demander aux héritiers la délivrance des biens compris dans la donation (5 avril, *Mondet* c. *Coland*).

§ IV. *Contrats en général.*

Droits des créanciers. 20. L'action qui tend à fixer l'état et la qualité d'un individu dans une famille est exclusivement attachée à la personne : dès lors, un créancier n'est pas recevable à exercer cette action du chef de son débiteur, ni même à intervenir dans une instance où l'état de celui-ci est discuté, quand, d'ailleurs, il n'allègue aucun fait de fraude et de collusion (6 juillet, *Delamotte* c. *Dubois-de-Pacé*).

L'art. 1166 du Code civil, en exceptant des droits et actions que les créanciers peuvent exercer du chef de leur débiteur, ceux qui sont exclusivement attachés à la personne, n'a pas déterminé ces derniers.

On comprend dès lors combien, en doctrine, il est difficile, dans une matière aussi vaste, de tracer une ligne de démarcation dont le législateur n'a pas indiqué le premier trait.

Nous essaierons toutefois de proposer une règle générale qui nous semble assez juste, et qui peut être de quelque utilité dans cette matière peu explorée.

L'art. 1166 nous semble n'être que le complément de l'art. 2093, suivant lequel tous les biens du débiteur sont le gage de ses créanciers.

Mais que doit-on comprendre dans ce mot *biens* ? L'art. 2093 l'indique encore en disant que le *prix* s'en distribue entre les créanciers par contribution, à moins qu'il n'y ait entre eux des causes de préférence.

Ainsi, tous les biens du débiteur qui sont le gage des créanciers, sont ceux qui peuvent produire un *prix*, en d'autres termes, tous ceux que le débiteur peut vendre, ou en général céder à prix d'argent.

Partant, nul doute que les créanciers ne puissent exercer, du chef de leur débiteur, la faculté de rachat, l'action en rescision pour cause de lésion, l'action en remboursement d'une rente pour défaut de paiement des arrérages, l'action en résolution d'une vente pour défaut de paiement du prix, etc., parce que toutes ces actions peuvent être vendues et cédées.

Toutefois, il nous paraîtrait que, même pour ces sortes d'actions, il y aurait une exception à faire à l'égard de celles que le débiteur s'abstiendrait d'exercer, *uniquement* par un sentiment d'honneur ou de dé-

Digitized by Google

licatesse. Il serait immoral, en effet, de permettre aux créanciers de violer, en quelque sorte, la conscience de leur débiteur.

Mais, tout droit, toute action que le débiteur est dans l'impossibilité absolue de vendre ou de céder, bien qu'il pût en retirer *ultérieurement* de grands avantages pécuniaires, ne sauraient être considérés comme le *gage* des créanciers, précisément parce que ce droit, cette action, n'ont par eux-mêmes aucun *prix* qu'il soit possible de déterminer.

Les créanciers ne peuvent donc exercer, du chef de leur débiteur, aucun de ces droits, à moins que la loi elle-même n'ait établi quelque exception spéciale.

Il faut conclure de là que l'action tendant à fixer l'état et la qualité d'un individu dans une famille, laquelle est éminemment incesible, ne peut être intentée par les créanciers.

Mais peuvent-ils du moins intervenir en 1re instance dans le procès dont cet état fait l'objet?

Pour l'affirmative, on peut dire que la loi n'exige en 1re instance aucune condition spéciale pour être recu intervenant.

Mais faut-il pourtant, de toute nécessité, reconnaître que l'intervention, en thèse générale, ne doit être permise qu'à ceux qui ont un intérêt *distinct*, au moins à quelques égards, de celui des parties en cause; et cet intérêt distinct ne peut exister pour le créancier qu'autant qu'il allègue la fraude de son débiteur.

Or, comme dans l'espèce de l'arrêt précité, le créancier n'alléguait aucun fait de collusion, la décision consacrée par cet arrêt nous semble aussi juste qu'elle est importante et neuve.

Preuve littérale. 21. L'absence du second notaire peut entraîner la nullité radicale de certains actes : une partie peut dès lors être admise à s'inscrire en faux contre un de ces actes qui mentionne faussement, suivant elle, la présence du second notaire (3 août, *Delagrange* c. *Bazon*).

Cette décision, rendue dans une affaire où il s'agissait d'une donation entre vifs, doit avertir les notaires et les gens d'affaires qu'il est indispensable d'exiger la présence du second notaire, au moins dans tous les contrats solennels.

Preuve testimoniale. 22. La preuve par témoins doit être admise contre le contenu aux actes, pour fraude à la loi, et spécialement pour établir qu'un billet causé pour prêt n'a eu en réalité d'autre cause qu'un dédit de mariage réprouvé par la loi et la jurisprudence (7 mai, *Boulet*, c. *Lapeyre*).

Par cet arrêt émané des chambres réunies, et rendu après une discussion des plus solennelles, la Cour de cassation a proscrit la doctrine que la chambre civile avait précédemment consacrée dans la même affaire.

M. Devilleneuve, après avoir rapporté l'arrêt (36, 1, 574), l'a fait suivre d'une dissertation très-étendue, dans laquelle il combat, un à un, les divers argumens qui lui ont servi de base.

Digitized by Google

Aux raisonnemens puissans de M. Devillenenve, on peut ajouter une induction historique qui n'est peut-être pas dénuée de toute valeur.

L'ordonnance de Moulins de 1566 prohibait la preuve testimoniale au dessus de 100 livres, et contre le contenu aux actes.

Il fut pourtant universellement reconnu que cette ordonnance ne prohibait pas la preuve testimoniale tendant à établir qu'un acte écrit renfermait un dol ou une fraude *envers un tiers*.

Mais il ne paraît pas qu'on eût cru pouvoir écarter la prohibition de l'ordonnance, pour simple fraude à la loi; et, pour autoriser des exceptions sur un semblable fondement, des ordonnances spéciales avaient été jugées nécesaires.

Ainsi, l'art. 138 de l'ordonnance de 1629 disposait : « déclarons tou-
» tes dettes contractées pour le jeu nulles, et toutes les obligations
» et promesses faites pour le jeu, quoique déguisées, nulles et de nul
» effet, et déchargées de toutes obligations civiles ou naturelles. Vou-
» lons que contre icelles le fait du jeu soit reçu, nonobstant toutes or-
» donnances à ce contraires, *auxquelles nous avons dérogé et dérogeons*
» *pour ce regard.* »

Le Code civil a reproduit la disposition de l'ordonnance de Moulins; mais il n'a pas consacré d'exception spéciale, ni pour les billets provenant de dettes de jeu, comme l'ordonnance de 1629, ni pour les billets cachant un dédit de mariage. Ses auteurs, peut-on dire, ont donc voulu laisser, dans ce cas, à la règle générale, tout son empire.

Toutefois, il nous semble plus vraisemblable que les auteurs du Code civil n'ont pas songé aux cas de fraude à la loi, pour lesquels ils auraient sans doute jugé nécessaire, à raison de leur importance, de faire une disposition spéciale.

Or, si l'on suppose que le cas particulier de fraude à la loi ne s'est pas présenté à l'esprit de notre législateur, il faut en conclure qu'il y a dans le Code une lacune; et, pour la remplir, on doit comparer les inconvéniens des deux systèmes.

Cela admis, l'extension de la preuve testimoniale offre certainement des dangers; mais ces dangers peuvent être neutralisés par le discernement des juges.

Si, au contraire, la preuve par témoins était repoussée dans les cas de fraude à la loi, les lois les plus morales seraient presque toujours éludées, et ce mal serait sans aucun remède.

Chose jugée. 23. L'action en résolution d'une vente pour défaut de paiement du prix, et l'action en revendication des marchandises non payées, ayant la même cause (le défaut de paiement), et tendant au même objet (le recouvrement des marchandises), le vendeur qui a été déclaré non recevable dans son action en revendication par un jugement passé en force de chose jugée, ne peut plus intenter l'action en résolution (19 avril, *De Gasville* c. *D'Alloquy*).

Digitized by Google

M. Armand Dalloz, en rapportant cet arrêt, 36, 1, 224, l'a accompagné d'observations qui nous semblent tout-à-fait justes, et auxquelles nous devons nous borner à renvoyer.

24. Un procès-verbal de collocation définitive qui, au cours d'une instance d'ordre, a arrêté et liquidé une créance sans contradiction du débiteur, et qui a été exécuté par le paiement d'un bordereau délivré en diminution de cette créance, constitue, à l'égard du débiteur, un jugement passé en force de chose jugée sur la fixation du montant de la créance colloquée (25 mai, *Esmoing* c. *Duligondès*).

Présomptions simples. 25. En matière commerciale, les simples présomptions sont admissibles, aussi bien que la preuve testimoniale, au dessus de 150 fr.; et cela, même à l'effet d'établir un contrat de nantissement (31 mai, *Vaissier-Four* c. *Deleuze*).

La jurisprudence de la cour suprême est constante sur le principe, et ce principe devait recevoir naturellement son application dans une espèce où le débat ne s'agitait qu'entre le créancier et le débiteur sur l'existence même du nantissement, et ne roulait nullement sur la question de savoir si ce nantissement avait pu conférer un privilége vis-à-vis d'autres créanciers.

Délits et quasi-délits. 26. La cour suprême a rendu sur ces matières quelques solutions intéressantes.

27. La famille d'une personne tuée en duel peut obtenir des dommages-intérêts contre le meurtrier, bien que toutes les règles du duel aient été exactement observées (30 juin, *De Lamarthonie* c. *veuve Baudet*).

28. La circonstance que le bordereau d'une inscription hypothécaire contenant une nullité substantielle, a été rédigé dans l'étude d'un notaire, peut être déclarée suffisante pour faire peser sur ce notaire partie de la responsabilité résultant de cette omission, encore bien que le bordereau eût été remis au créancier qui aurait lui-même requis l'inscription (9 août, *héritiers Latreille* c. *Delmas-Grossin*).

29. La responsabilité établie par la loi du 10 vendémiaire an 4, contre les communes, ne peut s'appliquer aux actes de rébellion à main armée qui ont pour but le renversement du gouvernement (6 avril, *Préfet de la Seine* c. *Périer* et autres).

§ V. *Contrat de mariage.*

Communauté. 30. Les immeubles acquis par le mari en son nom personnel lui sont propres; et quand rien, dans le contrat, n'indique qu'il ait voulu acquérir pour sa femme ou pour les héritiers de celle-ci, il n'est pas permis d'induire cette volonté, de simples présomptions tirées d'actes étrangers à l'acquisition (30 mai, dame de *Létang* c. dame *Aymen*).

31. Le droit de l'époux qui a stipulé un propre conventionnel, ne se borne pas à prélever sur la masse de la communauté une valeur égale à celle qu'avait ce propre au jour du mariage. Cet époux profite des aug-

Digitized by Google

mentations et supporte les détériorations survenues dans la valeur du propre conventionnel; et il a droit, par conséquent, à la reprise de l'entier prix de l'aliénation faite pendant le mariage, comme s'il s'agissait d'un propre réel (9 juin, dame *Hanaire* c. *Tandon*).

32. Des époux qui se marient sous le régime de la communauté, peuvent convenir que les immeubles de la femme *ne pourront être aliénés ni hypothéqués pendant le mariage, et seront frappés de la prohibition portée en l'art.* 1554 *du Code civil.* Par cette clause, ils expriment suffisamment l'intention de soumettre les immeubles de la femme à toutes les régles du régime dotal, et dès lors les créanciers ne peuvent, après la dissolution du mariage, saisir pour des obligations contractées par la femme pendant sa durée, les fruits de ces mêmes immeubles (24 août, veuve *Laurent* c. *Reverard*).

La loi autorisant dans les contrats de mariage toutes les conventions qui ne sont contraires ni à l'ordre public ni aux bonnes mœurs, le droit qu'ont les époux qui se marient sous le régime de la communauté de soumettre les immeubles de la femme au régime dotal, ne peut, ce semble, être sérieusement contesté.

Mais, dans l'espèce, la difficulté venait de ce que la clause du contrat de mariage disait seulement que les immeubles de la femme *ne pourraient être aliénés ni hypothéqués, et seraient soumis à la prohibition portée en l'art.* 1554, sans dire qu'ils seraient soumis à toutes les règles de la dotalité.

La Cour royale de Paris, sans se fonder sur des circonstances particuculières à l'espèce, avait décidé qu'*en thèse* cette clause devait être bornée aux seuls cas prévus, l'aliénation et l'hypothèque, et n'entraînait pas soumission virtuelle à tous les principes du régime dotal.

La Cour suprême a pensé, au contraire, qu'en thèse, une semblable clause exprimait très-clairement l'adoption du régime detal pour les immeubles, *avec toutes ses conséquences :* et elle nous semble en cela avoir mieux apprécié que la Cour royale de Paris le sens et l'esprit qu'une pareille clause doit offrir en règle générale, et quand aucune circonstance particulière ne vient indiquer que les parties ont voulu lui donner une application plus restreinte.

Régime dotal. 33. La dot mobilière est inaliénable; la femme mariée sous le régime dotal ne peut dès lors consentir pendant le mariage, une subrogation à l'hypothèque légale qu'elle a sur les immeubles de son mari pour le montant de ses reprises dotales (26 mai, *Leplaideur* c. *Marion*).

Le principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière, déjà consacré par des arrêts de la Cour antérieurs à celui que nous indiquons, a été consacré encore par un arrêt postérieur.

La jurisprudence de la Cour suprême doit donc, à cet égard, être considérée comme définitivement assise.

34. La clause d'un contrat de mariage qui permet à la femme de *ven-*

Digitized by Google

dre et *aliéner*, ou bien de *vendre, céder* et *autrement aliéner*, l'immeuble dotal avec le consentement de son mari, n'emporte pas, de droit, la faculté d'hypothéquer (22 juin, *Glise* c. *Descours*, et *Escoffier* c. *Villers*).

Cette doctrine se trouvait déjà consacrée dans un précédent arrêt de la Cour suprême, du 25 janvier 1830.

Ce dernier arrêt déclarait même, dans ses motifs, que la femme ne pouvait, dans le contrat de mariage, se réserver expressément le droit d'hypothèquer : c'était assurément aller beaucoup trop loin.

L'arrêt, il est vrai, faisait remarquer que l'art, 1557 du Code civil n'autorisait explicitement que la réserve d'aliéner, sans parler de celle d'hypothéquer.

Mais l'art. 1558 qui détermine les causes pour lesquelles l'immeuble dotal peut être aliéné pendant le mariage, ne parle pas non plus de l'hypothèque. Est-ce à dire que les époux ne pourront faire sur hypothèque l'emprunt le plus chétif pour tirer l'un d'eux de prison, fournir des alimens à la famille, etc.

Qui ne sent, d'ailleurs, que les futurs époux, libres de répudier en son entier le régime dotal, doivent nécessairement pouvoir en atténuer les effets autant qu'ils le jugent convenable?

Toutefois les derniers arrêts que nous indiquons, sans reproduire les motifs de celui de 1830, semblent supposer que la validité de la réserve d'hypothèquer ne serait pas exempte de doute, puisqu'on y lit, dans un sens hypothétique : « Attendu qu'en *admettant* que les parties *puissent* » consentir, dans leur contrat de mariage, par dérogation aux principes » du régime dotal, et par application des dispositions de l'article 1387 » C. civ., que la femme se réserve la faculté d'hypothéquer ses biens » dotaux, il *serait* indispensable que la stipulation fût expresse et po- » sitive. »

35. *Paraphernaux.* La stipulation de remploi des biens paraphernaux aliénés, ne peut leur imprimer le caractère de dotalité; et l'obligation contractée par une femme mariée de payer les frais et droits d'un acte annulé plus tard comme renfermant une aliénation de bien dotal, peut être poursuivie sur ses paraphernaux. (7 juin, *Déchavannes* c. *Perrault*.)

§ VI. *Vente, prêt, contrats aléatoires, cautionnement, transactions et contrainte par corps.*

Vente de droits incorporels. 36. La règle *qu'en fait de meubles la possession vaut titre*, ne s'applique pas aux créances et autres droits incorporels; et celui qui a acquis, même de bonne foi, une créance, ne peut se soustraire à l'action en revendication du véritable propriétaire, en opposant que son vendeur était propriétaire *apparent*. (4 mai, *Dreux* c. *Laveyssière*.)

Le principe posé dans cet arrêt peut être combattu par des argumens qui ne sont point dépourvus de force.

Digitized by Google

Il nous semble, d'abord, qu'en matière de droits incorporels, il ne saurait être question de la prescription de dix et vingt ans. L'art. 2265 du Code civil qui a établi cette prescription ne parle taxativement que des immeubles; et, d'un autre côté, comme les droits incorporels n'ont pas d'assiette fixe, il serait difficile de déterminer, sans quelque arbitraire, dans quel cas la prescription peut s'accomplir par dix ans, dans quel autre elle ne doit s'accomplir que par vingt.

Cela posé, si l'on accepte la doctrine consacrée par l'arrêt que nous indiquons, l'acquéreur de bonne foi d'un droit incorporel ne pourrait jamais en acquérir la propriété incommutable qu'après trente ans.

Cette conséquence semble difficile à admettre.

Pour écarter l'art. 2279, l'arrêt précité oppose que les droits incorporels ne peuvent être possédés comme les objets matériels.

Sans nul doute; mais la loi suppose pourtant qu'ils peuvent être *possédés* par tout autre que le propriétaire, puisque l'art. 1240 dispose que le paiement fait de bonne foi à celui qui est *en possession* de la créance est valable, encore que le *possesseur* en soit par la suite évincé.

Toute la difficulté semblerait donc devoir se concentrer sur cette question. Le vendeur du droit incorporel en avait-il la possession, dans le sens de l'art. 2279? En d'autres termes, avait-il une possession telle, que tout homme d'une prudence commune dût le croire propriétaire?

On comprend que cette possession existe nécessairement dans celui qui détient un *effet au porteur* dont il n'est pas propriétaire. Elle pourra exister aussi assez souvent quant aux lettres de change et billets à ordre qui se transmettent par simples endos. Elle existera plus rarement quant aux créances ordinaires qui ne se transmettent que par transport suivi de notification : mais dans ces casl-à même, elle peut exister quelquefois.

Quoi qu'il en soit, si les juges estiment que le vendeur du droit incorporel n'avait pas une possession assez caractérisée pour que l'acquéreur dût le réputer propriétaire, il est clair que l'art. 2279 ne pourra être appliqué.

Mais, dans le cas contraire, le texte littéral de l'art. 2279 qui se sert du mot *meubles*, lequel embrasse, en thèse générale, tout ce qui n'est pas immeuble, et surtout les raisons qui ont dicté cet article, semblent en légitimer pleinement l'application.

On ne peut, en effet, rien reprocher à un acquéreur qui s'est déterminé par une possession qui, aux yeux de tout autre homme d'une prudence commune, aurait également été considérée comme prouvant suffisamment la propriété; tandis que, presque toujours, on peut reprocher quelque négligence à celui qui laisse une créance ou droit incorporel qui lui appartient, dans la possession d'un tiers.

Nous avons traité, au surplus, avec quelque étendue une question qui n'est pas sans analogie avec celle résolue par l'arrêt précité (V. t. 1er p. 155), et nous nous référons aux observations que nous avions developpées dans cette partie de notre Revue.

Digitized by Google

Rente constituée. 37. Pour que le débiteur d'une rente *quérable* ait encouru le remboursement pour défaut de paiement de deux ans d'arrérages, il faut que le créancier lui ait fait sommation *spéciale* de payer ces deux années; et ce débiteur est à temps à purger la demeure quand le créancier, après l'expiration des deux ans, a fait signifier un commandement tendant à la fois au paiement des arrérages échus et du capital, sans qu'il eut même autorisé l'huissier à recevoir les arrérages sans le capital s'ils étaient offerts à l'instant du commandement (28 juin, *Claverie* c. *Ladébat*).

Rente viagère. 38. L'art. 1975 du Code civil qui déclare nul le contrat de rente viagère créé sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat, ne s'applique qu'aux rentes viagères constituées à titre onéreux. Ainsi, une donation faite avec réserve d'une rente viagère ne peut être annulée par le motif que le donateur est décédé dans les vingt jours de l'acte. (19 juillet, *Coutal* c. *Coutal.*)

Cautionnement. L'art. 2037 du Code civil déclare, comme on sait, la caution déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution.

La Cour suprême a décidé qu'une caution, même solidaire, pouvait opposer cet article à une administration publique (celle de douanes), qui avait laissé dissiper, par suite de la négligence de ses agens, une partie notable de l'actif du débiteur principal. (17 août, *Douanes* c. *Pugliesi*).

Transaction. 39. La chambre civile continue à décider que la Cour suprême peut réviser, en matière de transaction, les interprétations des cours royales, dès que le Code civil a, dans l'art. 2052, donné aux transactions toute l'autorité de la chose jugée. (6 juillet, *Laurent* c. *Blanche.*)

La chambre des requêtes a une jurisprudence contraire (arrêt du 31 déc. 1835.) qui nous semble plus en harmonie avec la nature des attributions de la cour régulatrice. (V. notre dissertation, t. 1er, p. 57.)

Stellionat. 40. La contrainte par corps est encourue pour stellionat lorsque le débiteur ne déclare pas toutes les hypothèques qui grèvent l'immeuble, encore que les hypothèques non déclarées fussent inscrites. (13 avril, *Bony* c. *d'Alogny.*)

§ 7. *Privilèges, hypothèques, et prescription.*

Privilèges. 41. La loi du 5 septembre 1807 n'a pas exempté le privilége du trésor public pour le remboursement des frais en matière criminelle, de la règle générale posée dans l'art. 2105 du Code civil, et suivant laquelle ce n'est *qu'à défaut de mobilier* que les privilégiés sur les meubles peuvent exercer leur privilége sur les immeubles. Le domaine ne peut donc exercer son privilége sur les immeubles du condamné, lorsqu'il est constaté que c'est par sa négligence qu'il ne s'est point fait payer sur le mobilier. (22 août, *Enregistrement* c. *Michel.*)

Digitized by Google

Hypothèques. 42. Lorsqu'un immeuble a été hypothéqué simultanément et indivisément par deux époux obligés *solidaires*, avec simple déclaration que la propriété appartenait au mari comme donataire de sa femme, et l'usufruit à la femme qui se l'était réservé, si la donation faite au mari par la femme est ultérieurement annulée au profit de celle-ci ou de ses héritiers, l'hypothèque conventionnelle continue de résider sur la totalité de l'immeuble. (12 avril, veuve *Courtois* c. héritiers *Lemaître.*)

Inscription hypothécaire. 43. L'inscription hypothécaire est radicalement nulle à défaut d'élection de domicile dans l'arrondissement du bureau. (12 juillet, *Poulain* C. *Voisin.*)

La jurisprudence de la Cour suprême était déjà fixée dans ce sens, et nous avons essayé (t. 2, p. 455) de réfuter quelques unes des objections que M. Troplong a proposées contre cette jurisprudence.

Tiers-détenteur. 44. Le délaissement n'est permis au tiers-détenteur qu'afin quil ne puisse, contre sa volonté, être tenu envers les créanciers hypothécaires, *au-delà de son prix.* Dès-lors, quand le prix stipulé dans l'acte de vente se trouve supérieur au montant des inscriptions hypothécaires, l'acquéreur ne peut, à l'aide du délaissement, se soustraire au paiement de ces inscriptions, encore qu'il n'ait contracté aucune obligation spéciale et directe envers les créanciers. (9 mai, *Grosrenaud* C. *Vauvilliers*)

Cette doctrine, consacrée expressément dans un des motifs de l'arrêt indiqué, nous semble éminemment sujète à controverse.

Il a été reconnu de tout temps que l'acquéreur d'un immeuble ne contractait, en thèse générale, et par l'effet de son acquisition, que deux obligations distinctes; une obligation personnelle envers le vendeur ou ses ayans-cause pour le paiement de l'entier prix stipulé, une obligation réelle envers les créanciers hypothécaires à raison de l'immeuble vendu.

Ces deux actions sont essentiellement distinctes et par leur nature et par leurs effets, et il n'est pas à notre connaissance qu'avant l'arrêt précité on eût jamais tenté de les combiner de manière à en faire naître, au profit des créanciers hypothécaires, une sorte d'action mixte dont il n'est fait mention dans aucun texte.

L'obligation personnelle s'éteint complètement par le paiement de l'entier prix fait au vendeur. L'obligation hypothécaire cesse par l'effet du délaissement. Voilà ce que disent les textes, ce que, d'ailleurs, la raison suggère.

Mais soutenir que, par le seul effet de la vente, l'acquérenr contracte virtuellement une obligation *personnelle* envers les créanciers hypothécaires à concurrence du prix stipulé, de sorte que si la valeur de l'immeuble a diminué de plus de moitié ou des trois quarts, il ne puisse se soustraire par le délaissement au paiement du prix, *quand bien même il aurait déjà payé ce prix au vendeur*, c'est avancer une doctrine toute nouvelle.

A la vérité, il arrive assez souvent que les créanciers hypothécaires

Digitized by Google

interviennent dans le contrat de vente, et que l'acquéreur s'oblige à leur payer le prix : nul doute alors que cet acquéreur n'ait contracté envers eux une obligation *directe* et *personnelle*, dont il ne s'aurait s'affranchir par le délaissement.

Il arrive plus souvent encore que, sans que les créanciers hypothécaires interviennent dans l'acte, le vendeur charge l'acquéreur de leur payer le montant du prix. Si, avant que cette stipulation ait été rétractée expressément ou implicitement par les vendeurs, les créanciers hypothécaires ont déclaré vouloir en profiter, nul doute encore qu'aux termes de l'art. 1125 du Code civil, l'acquéreur ne soit obligé *personnellement* envers eux à concurrence du prix délégué.

Mais, à part ces cas, il semble manifeste que les créanciers hypothécaires n'ont *de leur chef* aucune action *personnelle* contre l'acquéreur; qu'ils n'ont qu'une action *hypothécaire* qui cesse *nécessairement*, et dans tous les cas, par suite du délaissement, comme l'effet cesse quand la cause cesse; qu'ils peuvent, il est vrai, comme tous autres créanciers, exercer, aux termes de l'art. 1166 du Code civil, l'action personnelle qui pourrait compéter au vendeur, mais en demeurant soumis à toutes le exceptions qui pourraient être opposées à ce dernier.

L'arrêt précité, en opposant dans un de ses motifs, que les créanciers hypothécaires avaient, *par le seul effet du contrat de vente*, et de leur propre chef, une action personnelle contre l'acquéreur, nous semble donc, nous le répétons, avoir consacré une innovation doctrinale qui, à nos yeux, ne saurait se justifier.

Prescription annale. 45. L'action des huissiers pour le paiement du salaire des actes qu'ils signifient, se prescrit par un an, quoiqu'ils aient continué à posséder les originaux des actes signifiés; et l'aveu d'une semblable dette fait par la veuve, alors surtout qu'elle était affranchie de toute participation au paiement des dettes de la communauté, ne peut être opposé aux héritiers du mari (10 mai, héritiers *Narjot* c. *Frossard*).

Il est à remarquer que, dans l'espèce de cet arrêt, l'huissier réclamait ses salaires par voie d'action.

Mais le débiteur pourrait-il se prévaloir de la prescription pour se dispenser de payer le prix, alors qu'il exigerait la remise des originaux, ou d'autres pièces qu'il aurait remises pour la signification ?

Nous serions portés à penser que l'huissier pourrait, en pareil cas, se prévaloir de la maxime, *quæ temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum*, et de la jurisprudence suivant laquelle on ne peut opposer la prescription de la dette au créancier auquel on redemande le gage.

Prescription quinquennale. 46. La prescription de cinq ans ne peut s'appliquer aux intérêts judiciaires qui courent pendant la durée de l'instance (12 juillet, *Marescot* c. *Cadot*).

Rodière,
Avocat et docteur en droit.

(*La suite à la prochaine livraison.*)

Digitized by Google

HENRI KLIMRATH.

(NÉCROLOGIE.)

A peine Henri Klimrath avait-il terminé son bel et immense travail sur *les Dispositions des coutumes*, qu'une maladie cruelle est venue le ravir à la science dont il était l'espoir, à sa famille dont il était l'orgueil, à ses amis qui chérissaient en lui l'homme affable, dévoué, aux mœurs douces et pures, au plus noble caractère, autant qu'ils admiraient la vigueur de son talent et l'étendue de ses vastes connaissances.

Les lecteurs de notre *Revue* ont eu plus d'une fois l'occasion de juger les œuvres de notre malheureux ami, et sa dernière production, base d'un des ouvrages les plus utiles que réclame la science du droit, attesterait seule, au besoin, combien le jeune et modeste savant avait scruté tous les mystères de notre législation nationale et su éclaircir les points les plus difficiles, les plus obscurs.

Klimrath réunissait en lui toutes les qualités que demande l'entreprise gigantesque de reconstituer, d'une manière complète, un passé si peu, si mal connu jusqu'ici. Convaincu que, sans l'alliance de l'histoire et de la philosophie, le légiste ne peut marcher d'un pas sûr, ni reconnaître le véritable caractère des institutions, il s'était de bonne heure livré à de fortes études historiques et philosophiques. Les théories les plus abstraites, les moins compréhensibles, n'avaient pas de mystères pour lui, et son jugement sain et droit, son esprit positif et tout français, savait amener à des termes précis les déductions parfois nébuleuses des savans de l'Allemagne. Dans ces derniers temps il avait consacré une étude toute particulière à *la Philosophie du droit d'après le point de vue historique*, nouvelle production de M. *Stahl*, professeur à l'université de Wurtzbourg. Ce livre est, comme nous l'avons déjà dit ailleurs, un des plus remarquables qu'ait produits l'Allemagne; il est l'expression du mouvement religieux des esprits, du retour vers le christianisme, tendance bien marquée de ces derniers temps. Klimrath en a donné, dans plusieurs articles qui ont paru successivement dans la *Revue Germanique*, un résumé substantiel, où la pensée du philosophe allemand se trouve condensée avec beaucoup de méthode et un rare bonheur.

Ses études historiques étaient aussi bien dirigées que consciencieusement approfondies; il marchait sous la bannière de cette école aux vues larges et impartiales, qui compte avec orgueil pour ses chefs les Guizot, les Thierry.

Les travaux de droit que nous devons à Klimrath, sont importans et nombreux. Notre *Revue*, la *Revue étrangère*, la *Revue Germanique*, l'ancienne *Revue du progrès social*, le *Kritisches zeitschrift* que publient à Heidelberg MM. *Mittermaïer et Zachariâ*, le comptaient au nombre

Digitized by Google

de leurs plus actifs collaborateurs. Il a publié en outre deux mémoires sur les *Monumens inédits du droit français* et sur les *Olim*, et la thèse de docteur qu'il soutint à Strasbourg, aux applaudissemens de toute la Faculté, contient des aperçus aussi neufs que lumineux sur l'étude du droit national. Sa vocation était dès-lors décidée, sa vie avait un but, chaque jour qui s'écoulait, grâce à sa laborieuse activité, l'en approchait davantage; pourquoi la mort, en enlevant à la science un de ses plus dignes interprètes, ne lui a-t-elle pas permis de l'atteindre?

Tout était préparé pour son *Histoire du droit français*. Ceux auxquels il sera permis comme à nous de parcourir ces nombreux cahiers de notes, d'extraits, de citations, classés avec ordre et méthode, comprendront que tout le squelette d'un manifique ouvrage est là; mais qui lui donnera la vie? qui retrouvera la clef de ces immenses recherches? Ah! la mort a dû être bien amère à Klimrath; et quand on le voyait porter souvent la main à son front, c'est qu'il sentait là, comme un foyer de lumières qui allait s'éteindre avec lui; c'est qu'il gémissait de dire adieu à de si nobles espérances, de quitter la vie au moment où, par de longues veilles, il avait amassé un trésor de solides connaissances, et qu'il ne lui restait plus qu'à communiquer au monde l'œuvre toute formulée dans sa pensée.

Nous avons déjà exprimé l'espoir qu'un si noble dévouement pour la science serait récompensé. Klimrath, avec son infatigable activité, a restitué complétement plusieurs monumens de l'ancien droit français de la plus haute importance, entre autres le *livre de justice et de plet*. Il avait l'intention de les publier, de mettre ainsi à la portée de tous, les sources les plus abondantes d'une si belle étude.

Les manuscrits sont prêts, et M. le ministre de l'instruction publique ne saurait faire un plus bel usage des fonds qui lui sont confiés pour encourager les savans, qu'en consacrant une somme, d'ailleurs peu considérable, à la publication de ces précieux documens. Ceux qui se dévouent à la science sauraient alors que si le sort ne leur permet pas de mettre au jour le fruit de leur consciencieux labeur, ils ne mourront pas tout entiers et le pays ne verrait pas descendre dans la même tombe, et l'espoir de tant d'œuvres projetées, et le résultat de tant d'œuvres accomplies.

Quant à nous, nous recueillerons religieusement les quelques chapitres déjà terminés, du travail de Henri Klimrath; notre *Revue* se fera un devoir et un honneur de les porter à la connaissance des jurisconsultes.

Henri Klimrath comptait à peine trente ans, le 31 août, jour de sa mort; quand on songe à ce qu'il avait déjà fait, si jeune, on se prend à penser s'il n'est pas un certain terme imposé à l'humaine faiblesse, et si la vie ne se mesure pas plutôt par ce qu'il nous est permis d'accomplir, que par le nombre des années.

L. Wolowski.

Digitized by Google

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE SIXIÈME VOLUME.

LÉGISLATION, HISTOIRE ET PHILOSOPHIE DU DROIT.

Réforme des prisons. — Introduction, par M. *Léon Faucher*. . . . 4
Vico (fragment d'un traité inédit de droit naturel) par M. *Molinier*, substitut à Toulouse 19
Quelques mots sur l'ouvrage de M. Bravard, par M. *d'Hauthuille*, docteur en droit 35
De la *Dénonciation de nouvel œuvre*, par M. *d'Hauthuille*, docteur en droit (3e article) 49
Idem (4e et dernier article) 278
Du *Conflit de la loi civile et de la loi politique*, par M. *Helle*, avocat-général près la cour de cassation. 81
De la *Souveraineté* (3e article), par M. *Guyho*, substitut du procureur du roi, à Niort 93
Histoire du Droit. — Études sur les coutumes, par M. *Klimrath*, docteur en droit 107
Id. (2e article). — *Géographie des coutumes*, avec une *Carte de la France coutumière*. 161
Id. (3e article.) — *Dispositions des coutumes*. 321
De la détention préventive, par M. *Dufour*, avocat. 298
De la pénalité dans ses rapports avec la réforme des prisons, par M. *Moreau Christophe* 374
De la transmission de la propriété par l'effet des obligations, par M. *Bonnier*, docteur en droit 432

DISSERTATIONS.

Du caractère distinctif du louage d'ouvrage et du mandat salarié, par M. *Duvergier*, avocat 60
Compétence. — Chambre du conseil. — Tribunal correctionnel. — Chambre d'accusation, par M. *Gaillard*, premier avocat-général à la cour de Poitiers 142
De *la possession relativement aux fruits*, par M. *Hennequin*, avocat à la cour royale de Paris, député 215
Droit commercial. — Quels sont la nature et les effets des lettres-de-change qui n'énoncent pas, soit que la valeur en a été fournie, soit la manière dont elle l'a été, par M. *Thierriet*, professeur à la faculté de droit de Strasbourg. 228

Digitized by Google

Droit criminel.—Excuses, circonstances atténuantes, application des art. 326 *et* 463 *du Code pénal*, par M. *Hercule Bourdon*. 443

EXAMEN D'OUVRAGES.

De *l'Action civile et de l'Action publique*, par M. *Mangin* (article de M. *Parant*, sous-secrétaire-d'état au ministère de la Justice). 135
De l'état actuel des prisons en France, par M. *Moreau Christophe*, (article de M. *Faustin Hélie*, chef du bureau des affaires criminelles au minist. de la justice) 237
Origines du droit français, par M. *Michelet;* article de M. *Laferrière*, avocat à la cour de Bordeaux 257
Théorie de l'interprétation des Lois, par *A. F. J. Thibault*. (art. de M. *Victor Foucher*, avocat général à Rennes) 291
Programme d'un cours de droit Romain, par M. *Benech*, professeur à la Faculté de Toulouse (art. de M. *Bressolles*, docteur en droit 407
Études de droit public, par M. *Schutzenberger*, docteur en droit (art. de M *Rauter*, doyen de la Faculté de Strasbourg). 420
Académie des sciences morales et politiques. Mémoire de M. *Rossi*. 246
Jurisprudence de la Cour de cassation, par M. *Redière*, docteur en droit 452
H. Klimrath (nécrologie), par le directeur de la Revue 471
Bulletin bibliographique . . . . . 78. 256. 320.

Digitized by Google

TABLE ALPHABÉTIQUE

DES

MATIÈRES CONTENUES DANS LES 5e ET 6e VOLUMES.

(Troisième année. — 7 Octobre 1836.—Septembre 1837.)

—

Actes d'accusation. Les avocats-généraux et les substituts de parquet près les cours royales, ne doivent pas être privés du droit de signer les actes d'accusation qu'ils rédigent, V, 103.

— Inconvéniens qui résultent de leur publication avant l'ouverture des débats, V, 204.

Action. Traité de l'action civile et de l'action publique, par M. Mangin. — Examen critique, VI, 135.

Bentham. Sa biographie. — Exposition de son système. *V*. 209.

Chambre du conseil. V. Compétence.

Code pénal (théorie du), par MM. Chauveau et Hélie, examen critique V, 121.

Communes. — En matière réelle, comme en matière personnelle, les communes doivent être autorisées à plaider : seulement, dans le premier cas, il suffit que l'autorisation soit donnée *in decursu litis*, V, 75.

Compétence. La chambre des mises en accusation, qui, dans le cas prévu par l'art. 230 du Code d'instruction criminelle, estime que le prévenu doit être renvoyé à un tribunal correctionnel et annule pour n'avoir pas prononcé ce renvoi, l'ordonnance rendue par la chambre du conseil, peut indiquer, pour connaître au fond, le tribunal correctionnel qui a déjà connu de l'affaire en chambre du conseil. VI, 182.

Compétence. Les non commerçans ne peuvent être cités devant le tribunal de commerce pour des signatures qu'ils ont apposées sur des billets au porteur, V, 153.

Concessionaire des travaux public (Droits des). Ils sont *usufruitiers* des objets sur lesquels leur puissance s'exerce, erreur de M. Proudhon, V, 140.

Digitized by Google

Confiscation. L'article 57 de la Charte ne l'a pas conservée comme une voie directe de répression; mais comme source d'indemnité ou moyen préventif; elle tend à la saisie de l'objet, est *réelle* et non pas personnelle, V, 384-393.

Conflit. — Du conflit de la loi civile et de la loi politique. — Arrestation de la duchesse de Berry.—Verdict de Strasbourg.—La raison politique doit être appliquée au personnage privilégié, et à lui seul.—Il faut que la législature intervienne et fixe ce principe, VI, 81-92.

Contrat de mariage. — Les époux qui se marient en communauté, peuvent néanmoins convenir que les immeubles de la femme seront soumis au régime dotal : clause qui indique soumission à ce régime, VI, 465.

Coutumes. L'unité de leur esprit est incontestable pour quiconque en a fait un examen approfondi. — Leur rédaction officielle. — Trois périodes, VI, 107-155.

— Géographie de la France coutumière, VI, 161. — Pays coutumier de la France, VI, 161. — Pays de droit écrit du midi de la France, VI, 198. — Pays-Bas, VI, 204. — Terres d'empire, VI, 212.

— Dispositions des coutumes, VI, 321. — De la capacité personnelle, VI, 323.—Des biens, VI, 329. — De la famille, VI, 346. — Des successions, VI, 364.

Délaissement. V. Tiers-détenteur.

Dénonciation de nouvel œuvre. — Sa théorie en droit Romain, V, 357-369. — De diverses voies de droit qu'on a confondues avec la dénonciation de nouvel œuvre, V, 444-455. — Ce qu'elle était dans l'ancienne jurisprudence française, VI, 49-60; ce quel est dans le droit actuel, VI, 278-290.

Détention préventive. Ses abus, moyens d'y porter remède, VI, 298-319.

Domaine public communal. Dans les cas de suppressions de rues, quels sont les droits des propriétaires riverains, VI, 456.

Domaine congéable. — Son histoire, sa nature, ses effets, V, 173.

Donation. Les clauses de retour prohibées constituent de véritables substitutions fidéicommissaires qui doivent entraîner la nullité de la disposition principale, VI, 460.

Dot. On peut stipuler dans le contrat de mariage que les immeubles dotaux pourront être aliénés sans permission de justice, VI, 466.

Droit municipal. Il a plus que tout autre ses racines dans l'histoire; société féodale, *affranchissement* des communes. — Système du droit municipal chez les Romains; il s'établit en France; charte des communes, influence royale; révolution française; système fondé par l'assemblée constituante; droit actuel, V, 401-431.

Droit Romain. — Les lois, usages et institutions qui lui ont donné nais-

Digitized by Google

sance peuvent se comprendre *historiquement*, mais il en est bien peu qui puissent se justifier *en raison*. — Preuves à l'appui, V, 29.

— Etat de cette étude en France depuis 1830; examen des ouvrages de *MM. Ducaurroy, Ruffat, Quinon, Ortolan* et *Giraud*, V, 337-350.

— Programme d'un cours de droit Romain, par M. Benech. — Examen critique, VI, 407-419.

Droits des créanciers. — Comment peut-on reconnaître les droits exclusivement attachés à la personne du débiteur, VI, 461.

Droits incorporels. La règle qu'en fait de meubles, la possession vaut titre, peut s'appliquer à la vente de ces droits, VI, 467.

Etudes de droit public, par M. Schutzenberger. — Examen critique, VI, 420-431.

Excuse. L'admission de l'excuse prévue par la loi n'empêche pas l'application des circonstances atténuantes, VI, 443-452.

Hypothèque. Les créanciers ayant hypothèque sur un immeuble, peuvent-ils s'opposer à l'action en résolution de la vente, pour défaut de paiement du prix, d'un objet incorporé à l'immeuble hypothéqué, V, 78.

Hypothèque. — Exposition du titre 18 du livre III du Code. — Manuscrit inédit de Soullier, V, 190, 370, 456.

Interprétation des lois (théorie de l'), par Thibaut. — Examen critique, VI. 291.

Jugement. Les juges peuvent statuer sur les fins de non recevoir et sur le fond par jugemens séparés, V, 75.

Juré. — Ceux qui n'entendent pas la langue française, ne peuvent pas en remplir les fonctions, même avec l'assistance d'un interprète, V, 470-476.

Klimrath (Henri). Nécrologie, VI, 471.

Lettre de change. — Quels sont la nature et les effets des lettres de change qui n'énoncent pas, soit que la valeur en a été fournie, soit la manière dont elle l'a été, VI, 228.

Louage. — Des caractères distinctifs du louage d'ouvrage et du mandat salarié, VI, 60-77.

Obligations. — Le principe que la propriété immobilière se transmet par l'effet des obligations, est ou une superfétation, s'il se borne à régler les droits des parties contractantes, ou éminemment dangereux s'il s'applique aux tiers, VI, 432-443.

Origines du droit. — Cherchées dans les symboles, par M. Michelet. — Examen critique de cet ouvrage. — L'Allemagne est ultrà-symbolique, la France anti-symbolique, VI, 257-277.

Partage. La prohibition imposée par testament de procéder au partage est valable pour cinq ans à compter du décès, V, 153.

Digitized by Google

Philosophie du droit. — Ecole de juristes — philosophie dogmatique — examen critique de ces doctrines, V, 297-316.

Portion disponible. Comment doit-elle être réglée, en cas de renonciation de l'enfant donataire en avancement d'hoirie ; VI, 459.

Possession. — Deux possesion, relativement aux droits qu'elle donne sur les fruits, possession de bonne foi ; possession de mauvaise foi, VI, 215-227.

Preuve testimoniale, est admissible pour fraude à la loi, VI, 462.

Prescription. La séparation de biens ni même la séparation de corps n'empêchent point qu'elle ne soit suspendue pendant le mariage, lorsque l'action est de nature à rejaillir contre le mari, V, 74.

— La prescription de dix ans ne peut être opposée au mineur devenu majeur, pour les actes faits par son tuteur hors de la sphère de ses pouvoirs, V, 76.

— Dans quels cas la prescription quinquennale s'applique-t-elle aux intérêts des avances du mandataire, V, 158.

Prescription (Commentaire de la), par M. Troplong. — Examen critique, V, 130.

Prisons (de l'état de). Rapport adressé à M. le ministre de l'intérieur, le 6 septembre, 1836, V, 149.

Procédure pénale. — Du royaume des Deux-Siciles, son esprit, ses avantages, heureuses modifications introduites au droit français, V, 432-444.

Propriété littéraire. On ne saurait l'assimiler à la propriété matérielle, — son historique. — Moyen de concilier les droits de la société avec les intérêts des successibles, V, 81.

— Cette expression est impropre pour désigner les droits des auteurs sur les produits de leur intelligence ; car ceux-ci ne découlent pas de la nature des choses et sont une concession de l'autorité ; développement de ce système, — caractères de *la propriété*, elle est de droit naturel, son objet doit être appropriable. — Les auteurs figurent à la tête des *travailleurs* ; — Ils ont un *droit de copie* plus ou moins étendu, un privilége d'exploitation, V, 241-274.

Question. — A quelle époque fut-elle admise à Rome, quel en était le but et comment on l'appliquait, V, 275-296.

Recel. Un cohéritier peut être privé de sa part dans un objet qu'il avait diverti avant l'ouverture de la succession, mais qu'il a continué à recéler depuis cette ouverture, V, 79.

Reconnaissance. — La reconnaissance authentique des enfans adultérins leur donne droit à des alimens, et réciproquement elle peut leur être opposée, V, 154.

Régime pénitentiaire. — La première base de tout système pénal doit être

Digitized by Google

le châtiment du coupable, V, 41, VI, 393. — Le système de Philadelphie doit être préféré, V, 45. Critique du système de M. Ch. *Lucas*, V, 48.

— Description de la maison pénitentiaire d'Insterburg, avec son plan, V, 57.

— La réforme des prisons doit-elle précéder ou suivre les soins à donner à l'éducation des classes pauvres? Il faut que ces deux améliorations marchent de front, et tout progrès réalisé est un pas fait vers d'autres progrès. VI, 4-18.

— De l'état actuel des prisons en France, par M. Moreau Christophe, examen critique, T. VI, 237-446.

— La base du Code pénal est bonne, il faut seulement régulariser son application, VI, 394-407.

Retrait successoral. A dater de quel instant le retrayant acquiert-il un droit exclusif au retrait, VI, 457.

Rues. V. Domaine communal.

Souveraineté. — Quel est son principe et sa marche historique; elle existe dans tout établissement social durable où l'on ne sent pas l'action d'un pouvoir extrinsèque à la nation, V, 4. — Réfutation de cette opinion, V, 162. — Critique du système de l'école théologique. — Examen de l'ouvrage de *la Restauration de la société française*, publié par la *Gazette de France*, 321-336. — Réfutation du système de Rouveau, VI, 93. — La souveraineté n'est autre chose que la justice sociale promulguée par la raison et servie par la force, VI, 99-106.

Substitution. La substitution *de eo quod supererit*, peut entraîner, dans certains cas, la nullité de la disposition principale, V, 157.

Surveillance (de la haute police). Avec son organisation actuelle elle est une cause de délits; l'indifférence substituée par la loi de 1832 à la sollicitude de la loi de 1810 aggrave le mal. Elle devrait servir en quelque sorte de tutelle au libéré, pour le remettre dans la bonne voie, aussi devrait-elle émaner, non pas de police, mais de commission de patronage; exemple de la Belgique, V, 93. — Elle doit être appliquée à tout les mendians et vagabonds sans distinction, V, 229.

Témoins. — Les habitans d'une commune peuvent être reprochés, quand ils ont un intérêt individuel dans la contestation soutenue par la commune, V, 77.

Testament. — La nullité d'un testament qui contient la révocation d'un testament précédent, n'entraîne pas, au moins dans tous les cas, la nullité de la révocation elle-même, V, 237.

Tiers-détenteur. Il peut user de délaissement, encore que le prix de son acquisition soit inférieur au montant des créances hypothécaires, VI, 469.

Usages (*droit d'*). Dans quels cas les droits d'usage dans les bois et forêts, peuvent-ils être prouvés par témoins, VI, 456.

Digitized by Google

Vente. Les ventes dont le prix consiste dans une pension viagère, ne peuvent être résolues pour lésion de plus des sept douzièmes, V, 159.
—Les ventes de vins et huiles sont souvent parfaites avant la dégustation, V, 239.
Ventes publiques. — Attributions respectives des notaires, commissaires-priseurs, etc., V, 239.
Vico. — Sa vie. — Exposition de son système, IV, 19-34.

FIN DE LA TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES.

Digitized by Google

Digitized by Google

UNIVERSITY OF CALIFORNIA LIBRARY
Los Angeles
This book is DUE on the last date stamped below.

Form L9-50m-4,'61(B8994s4)444

Digitized by Google

UC SOUTHERN REGIONAL LIBRARY FACILITY
A 000 335 638 3
v.5-6

Digitized by Google

Digitized by Google